CUADERNOS DE LA FUNDACION

8

Manuel García-Pelayo

LA IDEA MEDIEVAL DEL DERECHO

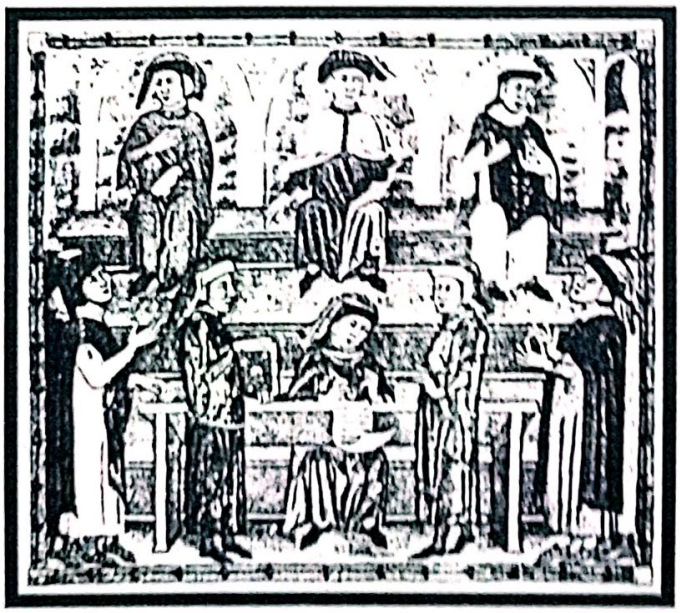
FUNDACION MANUEL GARCIA-PELAYO

CUADERNOS DE LA FUNDACION

8

Manuel García-Pelayo

LA IDEA MEDIEVAL DEL DERECHO



FUNDACION MANUEL GARCIA-PELAYO
Caracas, 2004

© Graciela Soriano de García-Pelayo
© Fundación Manuel García-Pelayo
Hecho el Depósito de Ley
Depósito Legal de la colección: lf 25720000413
Depósito Legal del No. 5: lf 25720023402206

Fundación Manuel García-Pelayo
Apartado 51956, Caracas 1050

Queda absolutamente prohibida la reproducción de esta obra por cualesquiera medio o forma, electrónica o mecánica, incluida fotocopia, grabación o cualquier otra forma de almacenamiento o sistema de datos, sin el permiso expreso de los titulares del copyright.

Diseño, diagramación y montaje: María Elena Ordaz
Impresión: Ex Libris

ISBN de la colección: 980-07-0573-5
ISBN del No. 5: 980-6531-05-5

Contenido

5 LA IDEA MEDIEVAL DEL DERECHO

9 I. LA IDEA DEL DERECHO EN LA ALTA EDAD MEDIA
9 1. Idea teocéntrica del Derecho
14 2. La tensión entre universalismo y localismo jurídicos
23 3. Formación espontánea del Derecho
28 4. Primacía del Derecho viejo sobre el nuevo
30 5. Primacía del Derecho subjetivo. La *libertas*
32 6. Crisis del orden jurídico y transición hacia nuevas formas

37 II. LA IDEA DEL DERECHO EN LA BAJA EDAD MEDIA
37 1. La concepción *iuscéntrica* de la sociedad
A. La nueva metafísica jurídica
B. El estamento profesional del jurista
48 2. La cancelación de la tensión entre universalismo y localismo: el reino como unidad jurídica
A. La crisis de los poderes universales
B. Nuevas formaciones socioculturales
C. El reino
D. La tendencia a la unificación del orden jurídico del reino
E. El Derecho romano y los reinos
F. La fórmula *quod omnes tangit* y la constitución estamental
61 3. Creación espontánea y creación artificial del Derecho (costumbre y ley)
63 4. La tensión entre el viejo y el nuevo Derecho
67 5. La tensión entre la objetividad y subjetividad del Derecho
71 6. El esquema típico ideal

LA IDEA MEDIEVAL DEL DERECHO

Este trabajo tiene por objetivo fundamental exponer el desarrollo de las ideas jurídicas medievales en los períodos de la alta Edad Media (siglos IX-XIII) y de la baja Edad Media (siglos XIII-XVI). Al hilo de ello pretende también mostrar, de un lado, la diversa lógica jurídica que se deriva de dos ideas distintas del Derecho y, de otro, el patetismo de la lucha por el Derecho entre los poderes representativos de la alta Edad Media y los poderes orientados hacia el mundo moderno.

La Edad Media, en efecto, luchó por el Derecho con una intensidad difícilmente comprensible para nuestra mentalidad. Tal intensidad y patetismo se debían a que, como se mostrará más adelante, el Derecho no era concebido como una creación de la voluntad racionalizada que la sociedad pudiera cambiar en función de su utilidad y conveniencia, sino como una realidad concreta que emergía espontáneamente y que era inseparable de la comunidad o de la persona misma. Por tanto, la defensa del derecho –no del Derecho abstracto, sino de *este* derecho– se confundía con la defensa de la existencia de la comunidad o del honor de la persona (*honor* y *ius* eran, a veces, en el lenguaje del tiempo, palabras sinónimas); además, el vigor de la lucha por el Derecho se acentuaba porque, como también se verá más adelante, no se sentía la oposición entre el Derecho y la justicia, en razón de que el Derecho tenía, de un lado, fundamento sacro y, de otro, era principalmente consuetudinario y, por tanto, justo si existía desde el tiempo viejo. A estas ideas típicas de la alta Edad Media se opone desde el siglo XIII una nueva idea jurídica destinada a triunfar en la época moderna: la idea del Derecho legal, que ha de justificarse constantemente por su adecuación

a la *ratio* abstracta y a la justicia. Y, con ello, surgió la antinomia característica de los tiempos modernos entre el Derecho y la justicia, de modo que ahora ya no se trata tanto de una lucha por el Derecho, sino de una lucha entre el Derecho establecido (destinado a consolidar una sociedad con una determinada estructura) y un ideal de justicia (destinado a abrir paso a una nueva sociedad), pero ambos respondiendo en el fondo a una misma idea jurídica: a la idea del Derecho legal. Finalmente, llegamos a nuestro tiempo cuyo signo no es la lucha por el Derecho o la lucha entre el Derecho y la justicia, sino la lucha por las ideologías, de las que el Derecho y la justicia, son concebidos y sentidos como meros apéndices y en las que la «legalidad» –que veremos nacer como hija de una diosa y que ella misma es endiosada más tarde por el pensamiento jurídico positivista burgués– queda despojada de valor intrínseco para convertirse en un instrumento táctico de la estrategia revolucionaria. Pero sobre estos problemas no vamos a entrar en el presente trabajo.

I

LA IDEA DEL DERECHO EN LA ALTA EDAD MEDIA

1. IDEA TEOCÉNTRICA DEL DERECHO

La sociedad occidental de la alta Edad Media era una sociedad teocéntrica[1]. No sólo se consideraba a sí misma fundada históricamente por la persona de Cristo, sino que su realidad institucional se sustentaba básicamente sobre los sacramentos, ya que el bautismo era condición necesaria para pertenecer a ella y se integraba permanentemente mediante la eucaristía –por lo que la sociedad medieval ha podido ser definida en nuestro tiempo como el «Cristo continuado y socializado»– de modo que la excomunión, simultáneamente a la exclusión de la gracia sacramental, significaba la exclusión de la relación social[2]. Cierto que dentro de la sociedad cristiana occidental se albergaban los judíos, pero, dado que el bautismo era condición de libertad, tenían en general el *status* jurídico formal de siervos del rey, del señor o de la ciudad y vivían en comunidades (aljamas o guetos) no sólo social sino especialmente distintas y separadas de las cristianas. En una palabra: estaban en la

---

1 *Vid.* mi libro EL REINO DE DIOS, ARQUETIPO POLÍTICO. Madrid, 1959, p. 79; (p. 798 de las OBRAS COMPLETAS).

2 Era «la exclusión jurídica y social concreta de la corporación cristiana. Sólo las esposas podían tener contacto con sus esposos excomulgados, los hijos con sus padres y los trabajadores de rango inferior con sus maestros». W. Ullmann, *THE GROWTH OF PAPAL GOVERNMENT IN THE MIDDLE AGES*, London, 1953, p. 300. En algunos casos, las consecuencias sociales de la excomunión eran todavía más duras, pues el excomulgado se asemejaba no sólo literaria, sino también prácticamente, a un leproso: *tamquam putrida ac desesperata membra ab universalis ecclesiae corpore dissecandi* (Ullmann, 139) o *excomunicatio enim ad modum leprae quae totum corpus corrumpit, totum hominem contaminat at deturpat* (Ullmann, 300).

sociedad, pero no eran de la sociedad, lo que no fue obstáculo para que algunos de sus miembros alcanzaran relevantes puestos en ella.

Este teocentrismo que preside a la sociedad de la alta Edad Media se manifiesta también en el campo del Derecho. «Nada es tan evidente para el pensamiento medieval –dice Otto Brunner– como que todo Derecho se fundamenta en Dios»[3]. La idea de la divinidad del Derecho no se desplegaba solamente en la creencia de que Dios es el origen de los Derechos divino y natural cuyos preceptos poseen validez superior a todo Derecho positivo, idea también presente en la época moderna, sino además en la creencia de que todo Derecho positivo generado por los usos y costumbres de la comunidad, que no se oponga a los preceptos naturales y divinos, es un Derecho de Dios y, por eso, quien atente contra el Derecho del pueblo no puede ser un buen cristiano, como se diría más tarde de los juristas que querían establecer un Derecho nuevo y extraño. «Actuó contra Dios y el Derecho» o «contra Dios, el honor y el Derecho» son expresiones que, con distintas variantes y en distintas lenguas, se encuentran en las fuentes del tiempo y, por tanto, la defensa del Derecho es un servicio no sólo a su titular, sino a la divinidad misma y así, por ejemplo, las Cartas de hermandad de los Concejos de Castilla de 1295 justifican la resistencia a los actos «contra justicia y contra fuero», diciendo que tal resistencia es *«a servicio de Dios e de Santa María et de la corte celestial»*, al buen y bien entendido servicio del rey y *«a pro e guarda de toda la tierra»*[4]. En resumen, «comunidad de fe y comunidad jurídica formaban una unidad»[5]. La raíz de esta concepción jurídica teocéntrica que hace de Dios la fuente originaria de todo Derecho válido, sea natural o positivo, se encuentra desde luego en el cristianismo, pero también en la idea germánica de la *ewa*, en la que está contenida la fundamentación sacral del Derecho[6]. El Derecho, de acuerdo con un poema alemán de la primera mitad del siglo XII, es idéntico con el orden divino de la crea-

3 O. Brunner, *Land und Herrschaft*, Wien, 1959 (4a. edic.), p. 133. *Vid.* para la idea teocéntrica del Derecho: F. Kern, *Gottesgnadentum und Widerstandsrecht im früheren Mittelalter*, München, 1954; G. Tellenbach, *Church, State and Society*, Oxford, 1958.

4 *Vid.* el texto de la hermandad en: C. López de Haro, La constitución y libertades de Aragón, Madrid, 1926, p. 331.

5 H. Coing, *Epochen der Rechtsgeschichte in Deutschland*, München, 1967, p. 18.

6 O. Brunner, *op. cit.*, p. 136.

ción, idea que se repetirá más tarde, pero con un sentido completamente distinto, en el Proemio de las Constituciones de Melfi, pues aquí tal idea trata de sustentar la potestad legislativa del emperador, mientras que allí se orienta a garantizar la inviolabilidad del Derecho de la comunidad.

Se ha llamado repetidas veces la atención sobre el hecho de que para el pensamiento jurídico de la alta Edad Media, Derecho y justicia, *ius* y *iustitia*, son la misma cosa. Aunque más adelante volveremos a mencionar el tema, aclaremos que ello no significa que todo Derecho vigente fuera Derecho válido o Derecho justo, sino tan sólo aquél que estuviera de acuerdo con el Derecho natural o divino; pero, por otra parte, se mantenía el principio de que toda norma jurídica establecida que no estuviera en desacuerdo con ellos era justa. La clave para esta equiparación entre Derecho y justicia se encuentra justamente en el carácter sacral de aquél. El Derecho de la alta Edad Media era, hasta cierto punto, un Derecho primitivo y, como dice Ekkehard Kaufmann:

> «el Derecho primitivo vive en la unidad de *lex et iustitia*, una unidad que está condicionada por el carácter sacral de este Derecho. El Derecho establecido es siempre y simultáneamente justo, derecho y justicia son idénticos. Pero en el momento en que el Derecho se desprende de la esfera sacral y toma conciencia de sí mismo, rompe simultáneamente la unidad de Derecho y de justicia. El Derecho riñe una permanente lucha consigo mismo, en tanto que el Derecho y la justicia se muestran en cierto modo en una oposición dialéctica, una oposición que constituye el propio elemento vital de la autoconciencia del orden jurídico»[7].

Hemos visto, pues, que dado que el Derecho tiene fundamentación sacra, ha de ser necesariamente justo, pero, a su vez, el Derecho sólo puede ser justo si se centra en torno a Dios o a Cristo, a quien, utilizando una expresión bíblica (Mat. 1:4,2) se le llama frecuentemente «Sol de la Justicia», únicamente en Dios se encuentra la justicia plena y perfecta; más aún, Dios mismo es la Justicia: *O Deus et domine Spiritus sancte, qui est iustitia sempiterna*; los hombres sólo conocen de la justicia por participación en la Justicia divina: *est autem iustitia* –dice el *Fragmentum pragense*– *ius suum*

7 E. Kaufmann: *AEQUITAS IUDICIUM*, Frankfurt, 1959, p. 16 y ss.; O. Brunner, *op. cit.*, pp. 127 y 140.

cuique tribuere. Qual quidem in Deo plena est et perfecta, in nobis vero per participationem iustitia esse dicitur[8].

La figura misma de Dios o de Cristo es preferentemente imaginada como la de justo juez, de lo que son testimonio plástico los pórticos de las iglesias románicas. Pero no sólo es juez en el sentido rigurosamente religioso, sino también en el jurídico. Un poema alemán de la primera mitad del siglo XII afirma: «nadie es tan calificado / que pueda entender el Derecho; / sólo Dios es en verdad / el justo juez»[9]. Por eso, no sólo se trata de que, como dice Bracton, el rey haya sido instituido «para que Dios hable por su boca y por medio suyo manifieste sus juicios»[10], pensamiento que se encuentra también en los ritos de coronación con ocasión de las fórmulas de entrega al rey de las insignias de la justicia (de las que es portador o curador pero no titular ni propietario, pues pertenecen a Cristo), sino además de que Dios mismo juzga o contribuye a aclarar el juicio de los hombres. No se trata solamente de que toda la historia transcurra entre dos juicios: la expulsión del Paraíso y el Juicio Final, ni tampoco de los llamados *media Dei iudicia* mediante los que Dios manifiesta su justicia entre los dos Juicios que delimitan la historia, concediendo la victoria o la derrota u otra clase de fortunas o desgracias, interpretadas por juicios divinos, sino también de intervenciones mucho más concretas, como el duelo judicial o las ordalías. El duelo judicial parte del supuesto de que en una lucha aceptada por las partes y desarrollada dentro de unas formas determinadas y precisas, Dios concede la victoria a la parte que tiene mejor derecho, y significa, por tanto, poner la decisión de una contienda judicial, es decir, encuadrada dentro de determinadas formas, en manos de Dios. En las ordalías se recurre a Dios o a Cristo para que –mediante la prueba del fuego o del agua, realizada con arreglo a la fórmula litúrgica– determine, como *iudex iustus, fortis et patiens*[11], la culpabilidad o inocencia de una persona.

Los símbolos muestran el sentido profundo de las cosas, y en este aspecto no deja de tener interés recordar que la justicia se administraba en la alta Edad Media al aire libre, bajo un árbol o bajo el portal de la iglesia, es decir, junto a dos símbolos cósmicos como

---

8 *Vid.* G. Tellenbach, *op. cit.*, p. 24 y R.W. y A.J. Carlyle: *A History of Mediaeval Political Theory in the West*, Edimburg, 1950, t. II, p. 10.

9 O. Brunner, *op. cit.*, p. 133.

10 *De Legibus et consuetudine Angliae* (ed. New Haven, 1922) III, 9, 3.

11 *M.G.H. Formulae*, p. 609.

cósmica era la idea de la justicia. El árbol es uno de los símbolos cósmicos más primitivos y más extendidos, es un «centro» o eje entre el cielo, el mundo y el submundo, que hunde sus raíces en la tierra y eleva su copa al cielo como sostén del universo; es un símbolo del poder creador en constante regeneración, a la vez que una condensación o expresión abreviada del universo. El pensamiento cristiano acoge esta mitología, e interpretando el texto bíblico del árbol del saber y el árbol de la vida, ve en el árbol la Ley y el Verbo, es decir, la fuerza y la sabiduría. La misma cruz es un árbol que uniendo tierra (donde Cristo fue crucificado), infierno (donde bajó a afirmar su poder) y cielos (a donde ascendió en su gloria), significa el triunfo de la vida sobre la muerte, del poder verdadero frente al falso, de la verdad sobre el error. Y así, bajo un árbol, frecuentemente separado del espacio «profano» por una empalizada, se celebraban los juicios o las *cortes*, de lo que todavía ha llegado algún resto a nuestro tiempo en el «árbol de Guernica», que de símbolo cósmico se ha transformado en símbolo político. Todavía durante la Revolución francesa se plantaron los «árboles de la libertad» –más tarde arrancados en la Restauración– como símbolo de nacimiento de un nuevo orden político y de su unidad con el orden cósmico. No menos cósmico es el símbolo del atrio o portal de la iglesia al que también se lo encuentra en las mitologías más primitivas, pero que en el cristianismo alcanza una gran relevancia en cuanto que Cristo se identifica con la puerta (Jn, 10: 7 y 9); la puerta de la iglesia, en cuanto entrada al templo, es imagen de la defensa de todo mal, a lo que se añade que la composición del portal es una síntesis simbólica del conjunto del templo, es decir, del lugar sacro por excelencia, y así como el templo se centra en torno a la piedra del altar, así la composición del portal románico y gótico suele centrarse en el Cristo en Majestad presidiendo el Juicio Final. Y bajo este símbolo cósmico, y justamente en el límite que separa al espacio profano del sacro (*templum*), se administraba justicia, como es todavía administrada todos los jueves, bien que con competencia muy restringida, por el tribunal de las aguas de Valencia[12].

12 Sobre el simbolismo del árbol, vid. M. Eliade, Tratado de historia de las religiones, Madrid, 1954; J. Daniélou, *Les symboles chrétiens primitifs*, Paris, 1961; M.M. Davy, *Essai sur la symbolique romaine*, Paris, 1955. Sobre la puerta, *vid.* mi trabajo «La Puerta de Capua o la entrada al reino de la Justicia» en las Obras Completas, pp. 1172-1182.

Finalidad de todo orden jurídico es establecer la convivencia pacífica entre los componentes de la comunidad. Pero también, en lo que respecta a la conservación de la paz, nos encontramos con una manifestación de la concepción teocéntrica del Derecho en cuanto que, careciendo el poder político de medios eficaces para imponer la paz y no pudiendo asumir con éxito el monopolio de la declaración y ejecución del derecho de cada uno, los grandes vasallos, corporaciones y caballeros habían de mantenerlo por su propia mano, a través de la *Fhede* o *Faida*, sobre la que volveremos más adelante. Entonces hubo de ser la Iglesia la que, por la amenaza de penas espirituales (excomunión e interdicto), supliera las deficiencias del poder real de modo que donde no llegara la «paz del rey» llegara la «tregua» y la «paz de Dios», excluyendo así la violencia en ciertos días y lugares, coincidentes con períodos y espacios litúrgicos, hasta que, por fin, el rey o las hermandades de ciudadanos fueron lo bastante fuertes para asumir la garantía de la paz, es decir, de la convivencia jurídica.

2. LA TENSIÓN ENTRE UNIVERSALISMO Y LOCALISMO JURÍDICOS

A. Desde el punto de vista de sus formas políticas y sociales, la alta Edad Media transcurrió bajo la tensión entre universalismo y el localismo, es decir, la vida del hombre se desplegaba entre dos polaridades, pues, por un lado, se sentía miembro de una comunidad universal, mientras que, por el otro, su existencia diaria se desarrollaba dentro de ámbitos espacial y socialmente muy restringidos y que apenas rebasaban el horizonte más inmediato. Veamos esquemáticamente los términos de la polaridad.

Se sentía miembro de una comunidad universal constituida por la Iglesia, a la que se concebía como una entidad única y total que abarcaba en su seno a clérigos y laicos y que imprimía su sello a todos los aspectos vitales. Su universalidad lo era, en acto, con respecto al mundo cristiano occidental; en potencia, con respecto al mundo todo, pues su destino era hacerse una con el género humano tras la victoriosa batalla final contra el paganismo. La universalidad de la Iglesia o, como se diría más tarde, de la cristiandad, no tenía ese vago y amorfo carácter que en la época moderna ha tenido la «humanidad», sino que, como hemos visto, tenía un fundador histórico-personal y

se cimentaba en la comunidad sacramental. Junto a su origen histórico concreto se sentía dotada de una finalidad histórica precisa, pues era la *civitas Dei* que, en lucha contra la *civitas diaboli*, realizaría el eón cristiano llevando la salvación a toda la humanidad. Su cohesión interna y la intensidad de su emoción universalista se fortalecían en cuanto que se sentía enfrentada agonalmente a otro poder de pretensión universal, es decir, a Bizancio, y existencialmente a una comunidad radicalmente distinta pero no menos dotada de vocación universalista, es decir, al Islam.

Organizada como corporación jurídico-política, tenía sus propios poderes, cada uno de ellos universal en su orden: el papa y emperador. Poseía su propia lengua, el latín, de la que si no todos podían servirse, sí encerraba para todos profundas significaciones espirituales, a la vez que era la única lengua culta y oficial. Un comercio de alto porte unía no sólo puntos distantes de esta comunidad, sino que la vinculaba al exterior, y monasterios muy lejanos entre sí realizaban intenso intercambio cultural. No había capitales de Estados, pero había una ciudad, Roma, de la que se pensaba irradiaba el orden del orbe y a la que se consideraba como *caput mundi* y *patria communis*. Otros centros, como más tarde Santiago de Compostela, tenían igualmente una significación universal, acudiendo a ellos peregrinaciones de toda la cristiandad. Y hacia estos puntos confluían caminos desde distintas partes del orbe cristiano.

Finalmente, la auténtica pugna política interna de la alta Edad Media no estuvo constituida por la lucha entre los reinos particulares, sino hacia el exterior, por la guerra contra el Islam, considerada siempre como una empresa común de toda la cristiandad, aunque su carga pesara sobre los reinos hispánicos y, hacia el interior, por la contienda entre los dos poderes con pretensiones universales, es decir, el Imperio y la Curia.

Pero junto a estos momentos universalistas estaban muy presentes los localistas, pues la mayor parte de la vida social se desarrollaba en general dentro de ámbitos muy reducidos y distantes, ordenándose en pequeñas comunidades autónomas con escasas o nulas relaciones entre sí, lo que daba a la sociedad una acentuada estructura pluralista. Tal situación fue resultado de varios factores. En primer lugar, la escasez de población hizo imposible la cobertura de territorios extensos, de manera que los hombres hubieron de concentrarse en núcleos campesinos o semiurbanos separados entre sí por zonas de desierto o de maleza, pero sin apenas comunicación

entre ellos, dada la carencia de una red de caminos que uniera puntos próximos. Al localismo demográfico iba vinculado un localismo idiomático y, por ende, una pluralidad lingüística sin apenas expresión literaria escrita. Por otra parte, la economía de la alta Edad Media, si se hace abstracción del comercio a distancia, siempre limitado en cuanto a su volumen y al número de personas que intervenían en él, transcurría preponderantemente bajo formas de economía doméstica autárquica y natural, es decir, bajo formas con arreglo a las cuales la totalidad del proceso económico, desde la producción al consumo, se verificaba dentro de una misma y pequeña unidad constituida por la *villa*, la aldea, el señorío o el monasterio y, por consiguiente, sin contactos permanentes y regulares con el exterior, o sea, sin mercado y sin apenas utilización de moneda. Con ello queda dicho que de tal época estaba ausente el sistema, la intensificación, la extensión y la complejidad de las relaciones sociales derivados de un tráfico económico intenso, así como los fenómenos de abstracción, objetivación y movilidad sociales que siguen a la economía preponderantemente monetaria. A estas circunstancias, que obstaculizaban el desarrollo de procesos socializadores de relativa amplitud, se unía el hecho de que, dada la penuria de medios institucionales y la debilidad del poder para dominar espacios relativamente amplios, el hombre carecía de protección jurídica al margen de su grupo social, fuera éste territorial o personal, lo que le condicionaba a estar adherido a él con la consiguiente limitación de su sistema de relaciones sociales. Expresiones políticas de esta tensión entre universalismo y particularismo fueron, de una parte, el Imperio –llamado «Sacro» desde la época de Barbarroja– y, de otra, el feudalismo.

Por supuesto, la contradicción que nosotros vemos polarizada en los dos términos extremos del universalismo y localismo era cancelada por el pensamiento del tiempo que partiendo, primero, de la idea neoplatónica, conocida en Occidente a través de las traducciones de las obras del seudo Dionisio, y más tarde de la doctrina aristotélica de las gradaciones del ser, entiende que la verdadera unidad ha de ser universal, lo que sólo es posible bajo una ordenación jerárquica que, dando a cada parte el lugar que le corresponde, las integra a todas desde la más alta a la más baja. Así, ya Walafrio de Strabon de Reichenau (escribió entre 840-842) concibe a la sociedad cristiana como un orden jerárquico cuya unidad está garantizada por el hecho de que todo deriva de un centro originario constituido por la dualidad papa-emperador, que extiende su autoridad al orbe

todo y de la que arrancan jerarquías paralelas eclesiásticas y laicas: las provincias con los patricios y los patriarcas, los reyes y los arzobispos, los metropolitanos y los duques; a continuación, las ciudades con los condes y los obispos, y después, las aldeas con los tribunos y los abades hasta los rangos más inferiores. En el pensamiento posterior –que en ocasiones se desarrolla anacrónicamente en la baja Edad Media– se consolida la idea de que la sociedad cristiana es un solo cuerpo que comprende desde las unidades políticas más bajas, como la aldea o el pequeño señorío, hasta la más alta, a través de las unidades intermedias, como el reino, la provincia, la ciudad, y así era normal distinguir estos estratos: 1) vecindad, señorío, castillo, agrupación urbano-rural; 2) *civitas*; 3) provincia; 4) *regnum*; 5) *totius orbis*. Ninguna de estas entidades, salvo el *totius orbis*, tiene el poder originario, ninguna constituye un círculo jurídico autárquico y excluyente. No había idea del Estado, es decir, de un orden político que, en coexistencia con otros del mismo género, no reconoce un poder externo superior a sí mismo ni un poder interno capaz de limitarlo, o, dicho de otro modo, que, de un lado, parroquializa reduciéndolos a un ámbito espacial limitado los poderes antes universales y, de otro, atrae para sí todos los poderes que dentro de su espacio estaban antes dispersos en una pluralidad de círculos. No había tampoco una sociedad unificada, sino que ésta se dispersaba en una pluralidad de relaciones interpersonales feudovasállicas o en pequeñas comunidades muy intensas, pero, como antes hemos visto, de ámbito muy restringido. Y, por tanto, había un orden jurídico tan universal y tan plural como el orden político y social mismo.

B. El polo universalista de esta ordenación jurídica se desplegaba en una triple dirección:

a) En la afirmación de un Derecho divino y natural[13], términos que tendían a identificarse de cuanto que se estimaba que el Dere-

13 F. Flückiger: *Geschichte des Naturrechts*, t. I, Zurich, 1954; E. Lewis: *Medieval Political Ideas*. Now York, 1954, t. I; A. Truyol: Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado. Madrid, 1961; J. Sauter: *Die philosophischen Grundlagen des Naturrechts. Untersuchungen zur Geschichte des Rechts und Staatslehre*. Viena, 1932; M. Grabmann: «*Das Naturrecht der Scholastik von Gratian bis Tomas von Aquin*» en el *Archiv für Rechts –und Wirtsachaftsphilosophie*, vol. XVI (1922-23); O. Lottin: *Le droit naturel chez S. Thomas d'Aquin et ses prédécesseurs*. Brujas, 1931.

cho natural era el contenido en la Ley Antigua y en el Evangelio, hasta que con Guillermo de Auxerre (m. 1231), y como consecuencia de la recepción del aristotelismo, el Derecho natural comienza a desprenderse de la Revelación de la Biblia para fundamentarse en la razón. En todo caso, se trata de un sistema normativo de contenido inmutable y de validez universal, frente al que no puede prevalecer ningún Derecho positivo, sea secular, sea eclesiástico; es además, el más antiguo de todos (lo que en la mentalidad jurídica medieval era signo de superior validez), ya que se remonta a los comienzos de la Creación. En qué medida esta metafísica jurídica se correspondía con la realidad, es decir, hasta qué punto fue capaz de reformar las costumbres que se oponían a los preceptos del Derecho divino y natural, es algo en cuyos detalles no podemos entrar aquí, pero puede afirmarse que ambos términos se encontraban en una relación tensa. Para nuestro objeto basta mostrar la vigencia de la pretensión de un Derecho de validez universal, *commune omnium nationem*, que, en todo caso, no cabe duda que promovió un movimiento de reforma de la realidad jurídica.

b) En un Derecho canónico válido para toda la Iglesia, es decir, para la totalidad de la sociedad cristiana con todos sus países y todos sus rangos o grupos. En sus comienzos tal Derecho se compone de la reducción a norma de lo dicho por los concilios, papas, padres y doctores de la Iglesia; tal norma constituye un canon o regla de vida de la sociedad cristiana (*norma recte vivendi*)[14], varios cánones o preceptos individuales constituyen una *lex*, y el conjunto de leyes forma el *ius canonicum*. A medida que se afirma el centralismo hierocrático queda el papa, es decir, un poder universal, como definidor de este Derecho universal que, por ser promulgado por el vicario de la divinidad, es tanto como la ley de Dios, de donde se desprende que, quien *contra canones facit, contra legem Dei facit*. Ningún Derecho eclesiástico local vale contra él, es más, sólo tiene vigencia si explícita o implícitamente ha sido aprobado por el Derecho canónico emanado de Roma y, por tanto, en caso contrario, debe ser expulsado de las colecciones jurídicas; además, en virtud de su *superior dignitas*, el Derecho canónico

14 Sin embargo, en sentido estricto, *canon* significa originalmente la reducción a regla de las decisiones de los concilios, frente a las *decretales*, *edicta*, *constitutiones*, etc., de los papas.

prevalecía en caso de conflicto con el Derecho secular, cualquiera que fuera el ámbito de éste. Ello era así porque, de acuerdo con la doctrina hierocrática, sólo la Iglesia romana tenía el depósito de la *iustitia* y, por tanto, nada podía prevalecer jurídicamente contra ella; la *iustitia* era, así, la fuente material del canon, mientras que su fuente formal era el intérprete de esta *iustitia*, es decir, el papa y, en consecuencia, cualquier otro Derecho emanado de cualquier otra autoridad no podía ser más que subsidiario. La Iglesia tuvo siempre sus colecciones canónicas, pero, muy especialmente a partir del Decreto de Graciano (1140), el Derecho eclesiástico se racionaliza concordando los cánones discrepantes y, como dice Ullmann: el Derecho canónico «aun siendo teología jurídica, cesa de ser una rama de la teología y [por influjo de las técnicas del Derecho civil romano] se convierte en una ciencia por Derecho propio»[15].

c) Desde el siglo XI comienza la pretensión de universalidad del Derecho romano[16], fenómeno unido tanto a un renacimiento intelectual, al que aludiremos después, como a la tendencia de los emperadores medievales a afirmar la universalidad de su poder y a considerarse sucesores de los emperadores romanos y, por tanto, titulares y continuadores de su derecho. El patetismo imperial va, así, unido al patetismo jurídico. Ya en el *Libellus de Graphia* de 1030 se dice con ocasión del acto de la investidura de un juez imperial: «guárdate de falsear por ningún motivo las leyes de Justiniano, nuestro santísimo predecesor», pues, «con este libro [Justiniano] gobernó Roma... y todo el orbe terrestre». Pero es sobre todo con Federico Barbarroja, como parte de su programa de afirmación imperial y al hilo del desarrollo de los estudios jurídicos en Bolonia, con quien comienza la unidad entre la renovación del Imperio romano y la renovación de su Derecho: «Continuamos –dice– a nuestros bienaventurados predecesores, especialmente a Constantino el Grande, a Justiniano y Valentiniano, así como a Carlos y a Luis, y veneramos sus santas leyes como oráculos divinos».

---

15 W. Ullmann: *op. cit.*, pp. 359 y ss.; H.D. Hazeltine: «*Roman and Canon Law in the Middle Ages*» en: *The Cambridge Miedieval History*, t. V; G. Schnuerer: *L'Eglise et la Civilisation au Moyen Age*, Paris, 1935, t. II, pp. 587 y ss.

16 P.E. Schramm: *Kaiser, Rom und Renovatio*. Darmstadt, 1957, t. I, p. 275 y ss. Y la bibliografía citada más adelante en la nota 40.

A su cronista y pariente, el arzobispo Otto de Freising, no le cabe duda que la sujeción de todo el orbe al imperio de la urbe exige la conformación jurídica de todo el orbe por el Derecho de la urbe. La misma tesis es mantenida por los glosadores, cercanos consejeros de Federico, quienes, como contrapunto de la afirmación de la universalidad de su amado Derecho romano, del Derecho *per excellentia*, se ven obligados a someter la continuidad y universalidad del Imperio: *unum esse ius, cum unum sit imperium*, e incluso que, *vivere secundum legem romanam* es signo de la pertenencia al Imperio. Más adelante veremos la reacción de los reinos frente a estas proposiciones y cómo la renovación del Derecho romano no sirvió tanto al Imperio cuanto a sus concurrentes los reinos particulares, así como su significación como «Derecho común».

Terminemos, por ahora, con este representativo texto de Engelbert de Admontt (1250-1331), síntesis de la idea jurídica universalista: «en todo el mundo hay un solo Derecho divino verdadero, como hay sólo culto al verdadero Dios verdadero, y un solo verdadero Derecho humano, a saber, los cánones y las leyes [es decir, el Derecho romano] acordes con el Derecho divino»[17].

Pero frente a estos momentos universales que, si se hace relativa excepción del Derecho canónico, apenas eran otra cosa que pretensiones jurídicas ideales pero no Derecho positivo vigente, se alzaba un abigarrado pluralismo constituido por la coexistencia e interferencia de pequeños ordenamientos jurídicos originados en la costumbre o en el pacto y dotados de un ámbito muy restringido de validez. Contra este pluralismo se reaccionará más tarde, a partir del siglo XIII, haciendo referencia a veces a un tiempo mejor en el que el Derecho era uno. Como documento expresivo merece la pena recordar la explicación que da Alfonso X el Sabio, del fraccionamiento jurídico de España: «Fuero de España antiguamente en tiempos de los godos fue todo uno. Más cuando los moros ganaron la tierra perdiéronse aquellos libros en que eran escritos los fueros. Y después que los cristianos la fueron cobrando así como la iban conquistando, tomaban de aquellos fueros algunas cosas según se acordaban, los unos de una guisa y los otros de otra. Y por esta razón vino el departimiento de los fueros de la tierra» (*Especulo, 1. V, tit. V, Ley 1*). En realidad la dispersión del Derecho en una pluralidad de círculos era un fenómeno general a toda Europa pues respondía a supuestos comunes que vamos a tratar de mostrar.

No existiendo una instancia central como el Estado, en condiciones de establecer[18] e imponer efectivamente normas jurídicas de validez general, el Derecho positivo era una creación espontánea de la sociedad o, más precisamente, una de sus partes integrantes, algo adscrito y no destacado, superpuesto o abstraido de la sociedad, y siendo así, había de ofrecer el mismo pluralismo que la fuente de la que emanaba, pluralismo que obedecía tanto a supuestos territoriales como personales. Es decir, no habiendo un poder central que garantizara y proclamara el Derecho sobre la sociedad, éste había de adaptarse a la realidad social, o sea, a las circunstancias concretas de las tierras y de las gentes en vez de someterse éstas –como en el Estado moderno– a la norma jurídica general y abstracta; dicho de otro modo: el Derecho se «cosifica», se ciñe a las cosas o es parte inseparable de ellas, al revés del Derecho de la época moderna, que se «objetiva», en cuanto que es establecido como norma racionalmente concebida para lograr un fin al que deben sujetarse las cosas. Sólo la *ratio* abstracta es capaz de reducir las cosas a un común denominador y la *ratio* abstracta no había penetrado todavía en la esfera del Derecho positivo. Y así había,

> «una incalculable profusión de derechos territoriales o locales; la dispersión jurídica era el signo de la época. La formación del Derecho retrocedía hasta los más pequeños círculos locales ('Derecho del rincón') (*Winkelrecht*). Además, de acuerdo con el principio de la formación autónoma del Derecho, la fuente jurídica se estrechaba cada vez más: la creación libre (*Willkür*) primaba sobre el Derecho municipal; el Derecho municipal, sobre el comarcal; el comarcal, sobre el reino»[19].

---

17 P. Koschaker: Europa y el Derecho Romano. Madrid, 1935, p. 119.

18 Antes del siglo XIII apenas hay promulgación de normas valederas para todo el ámbito de un reino. En Alemania existen las *Landsfrieden* o paces territoriales de 1103, 1152, 1158. En Francia, el primer *établissement* es el de 1144, por el que se expulsa a los judíos, al que sigue otro de 1155 sobre la paz territorial. En León se registran los decretos de la Curia plena de 1017, a los que siguen los de 1050, 1109, 1188. En Navarra y Aragón se promulgan durante el siglo XII varias paces territoriales.

19 H. Mitteis: *Deutsche Rechtsgeschichte*, München, 1952, p. 112; F. Olivier-Martin: *Histoire du Droit français*, París, 1948, p. 110 y ss., dice, con referencia a Francia, estas palabras que, lo mismo que el citado texto de Mitteis, tienen en lo fundamental validez universal: los textos hablan «de la costumbre de las iglesias, de los nobles, de los burgueses o de la costumbre de tal lugar o de tal tierra, o incluso de las costumbres del bosque, de la ribera o del agua, o de tal oficio. La costumbre no es

A la pluralidad de derechos por razón territorial se añadía la derivada de la distinción entre los diversos grupos sociales: derechos de los caballeros, de las ciudades, de los clérigos de este o aquel monasterio, de los campesinos libres, de los siervos, etc., y como quiera además que en esta época no se habían producido todavía los procesos de socialización que caracterizan a la baja Edad Media y que tienen como consecuencia la creación de grandes círculos estamentales con su correspondiente reducción a un Derecho común estamental, resultaba que los derechos en función de las situaciones sociales ofrecían *mutatis mutandis* el mismo grado de dispersión que las territoriales. Y, en fin, había, además, los derechos específicos para determinadas relaciones jurídicas aplicables a veces a una misma persona en un mismo espacio que en tanto que vasallo estaba sujeta al Derecho feudal, pero en tanto que propietaria de un alodio o en sus relaciones con los demás miembros del centro urbano donde vivía, estaba sujeta a otros derechos:

> «Veamos, por ejemplo, una aglomeración rural: el estatuto familiar de los campesinos sigue, de ordinario, unas normas parecidas en toda la comarca vecina. Su Derecho agrario obedece, por el contrario, a las costumbres particulares de su comunidad. Entre las cargas que recaen sobre ellos, unas que soportan en tanto que ocupantes del suelo, están fijadas por la costumbre del señorío, cuyos límites casi nunca coinciden con los del territorio de la aldea; otras que, si son de condición servil, alcanzan a sus personas, se regulan por la ley del grupo, en general más restringido, que componen los siervos de un mismo señor, habitando el mismo lugar»[20].

Algo análogo sucedía en las ciudades donde una persona estaba sometida en ciertos aspectos al Derecho general de la ciudad, mientras que en otros lo estaba al de su gremio o, si era estudiante, al de la universidad y, quizás, dentro de ésta al de su *natio*.

Pero la complejidad del orden jurídico no derivaba solamente del carácter consuetudinario del Derecho y del pluralismo de su fuente

---

la de un pueblo, sino la de un grupo social más o menos extenso que tiene la misma vocación general, o el mismo oficio, o que vive en un cierto territorio, o frecuenta por necesidad la ribera o el bosque».

20 M. Bloch: La sociedad feudal. La formación de los vínculos de dependencia, México, 1958, p. 132.

creadora, es decir, de la sociedad, sino que se debía también a la creación constante del Derecho por relaciones interpersonales a través del pacto (feudo-vasallático o de otra especie) y de la Carta. En estos casos, el derecho subjetivo creaba norma para las partes, pero, como veremos más adelante, los derechos subjetivos no derivaban mediata o inmediatamente –como es el caso en el Derecho moderno– de una norma general, objetiva e impersonal, sino que, por el contrario, se sustentaban sobre sí mismos o, para ser más precisos, sobre el mero reconocimiento por parte de los demás de *status* de poder heterogéneos y variables, con lo que se introducía un nuevo momento pluralista en la estructura del orden jurídico. Y, finalmente, otro factor generador de pluralismo consistía en la amplia vigencia del principio jurídico personal a costa del territorial hasta que, a partir del siglo XI, comienza a afirmarse la primacía de este último. Así pues, cada hombre llevaba consigo el Derecho de su lugar de nacimiento o de su estirpe y donde quiera que estuviera había de ser enjuiciado con arreglo a tal Derecho, lo que contribuía a acentuar la estructura pluralista.

3. FORMACIÓN ESPONTÁNEA DEL DERECHO[21]

A. Todo Derecho positivo es una síntesis de normatividad y de normalidad, pues todo Derecho, por ser norma, es un deber ser y, por consiguiente, encierra la posibilidad de su incumplimiento, es decir, de no ser; pero, por otra parte, ningún Derecho es vigente sin su cumplimiento regular, sin una cierta normalidad en la efectividad de la conducta por él establecida. El Derecho vigente es, pues, una unidad dialéctica entre normalidad y normatividad: es una normalidad normativizada y una normatividad normalizada. De ello se desprende que hay dos modos de nacimiento del Derecho positivo vigente: o bien una normalidad, es decir un cumplimiento regular de actos, adquiere pretensión normativa, con la consecuencia de que dichos actos o situaciones no solamente son, sino que también deben ser: tal es el caso del Derecho consuetudinario; o bien una normatividad logra conformar los actos de los hombres en una normalidad y regularidad, con la consecuencia de que la conducta por

21 *Vid.* las obras de F. Kern, O. Brunner, etc., citadas más arriba. Además, E. Lewis: *Medieval Political Ideas*. New York, 1954, I, pp. 1 y ss.; y H. Forh: *Die Tragik im Recht*. Zürich, 1954, pp. 10 y ss.

ella imaginada no solamente debe ser sino que, además, normalmente es: tal es el caso del Derecho legal. En el primer caso, una realidad puramente sociológica en sus orígenes adquiere pretensión normativa; en el segundo caso una pretensión normativa se transforma en realidad social.

Cada uno de estos modos de creación jurídica reposa sobre ciertos supuestos sociológicos. Un Derecho creado partiendo de la normalidad, de la repetición de actos, de situaciones adquiridas, tiene como supuesto una sociedad estática a la que no se desea o no se puede transformar con arreglo a finalidades conscientemente expresadas en un esquema normativo en oposición a la realidad social vigente; en cambio, un Derecho creado partiendo de la normatividad supone, por de pronto, el intento de transformar la realidad social con arreglo al esquema establecido en la norma que opera tras de ella. El Derecho de naturaleza consuetudinaria es el único posible en un estadio histórico incapaz de racionalización, sea porque se desconocen las relaciones objetivas entre los fenómenos, sea porque la complejidad del pluralismo social no permite la reducción de las conductas a un esquema abstracto, sea porque carece de medios institucionales y de instrumentos de poder para formular e imponer tal sistema normativo; frente a ello, el Derecho legal, supone un alto grado de abstracción que sólo es posible cuando la realidad social ha alcanzado un estadio relativamente avanzado de homogeneización y cuando los estudios jurídicos han progresado hacia una amplia y precisa racionalización, e implica, también, que el poder que establece la norma cuente con los adecuados medios para hacerla realmente vigente. Finalmente, el Derecho consuetudinario supone, a la vez que es signo de ella, una sociedad en la que no se ha producido la separación o diferenciación entre el sujeto que establece las normas jurídicas y el objeto sobre el que éstas se aplican, entre el productor y el destinatario de la norma, al revés que en el Derecho legal, en el que el legislador se coloca frente a la realidad social a la que se pretende conformar con arreglo a las normas legales.

B. La alta Edad Media vivió preponderantemente bajo la primera de estas formas jurídicas. El Derecho se originaba lenta y directamente desde el fondo mismo de la realidad social, fuera a través del uso y de la costumbre de la comunidad, sin que la creación jurídica pudiera imputarse a nadie en particular, fuera por la reiteración en el mantenimiento efectivo de un determinado *status* de poder por parte de

una persona o de un grupo, al que se lograba dar validez normativa, pues, a diferencia de nuestra época, en la que vivimos con unos derechos cuya garantía corre a cargo del Estado, en la alta Edad Media los derechos habían de ser adquiridos o cuando menos mantenidos por el propio esfuerzo de su portador, ya que, como dice Ortega, «tener un Derecho y ser capaz de mantenerlo» era una misma cosa, idea que se muestra en diferentes aspectos de la vida jurídica de la alta Edad Media tales como en la licitud de la guerra privada (*Fehde*), el duelo judicial, la concepción del proceso como lucha, etc.[22]. Pero tanto si la exigencia normativa surgía del fondo anónimo del pueblo, como si emanaba del reconocimiento de un Derecho subjetivo por parte de la comunidad al que, consecuentemente, incorporaba a su orden jurídico, en todo caso, dominaba la idea consuetudinaria del Derecho. Cierto que a veces se añadía a ello la creencia en un Derecho revelado por Dios a un rey antiguo, convertido en figura mítica, o emanado de los

---

22 Sobre el duelo judicial: H. Fehr, «*Kraft und Recht*», en el *Festschrift für J.W. Hedermann*, 1938. K.G. Gram, *Iudicium Belli*, Münster, 1955, pp. 8 y ss. Sobre el proceso como lucha: H. Liermann, *Richter, Schreiber, Advokaten*, Munich, 1957, p. 9. Sobre la *Fehde*: O. Brunner, *op. cit.*, pp. 1-111. La *Fehde*, lo mismo que la «venganza» entendida como restauración de la honra disminuida por una lesión al propio derecho, o dicho de otro modo, el tomarse la justicia por su mano, eran métodos de defensa jurídica necesarios y justificables en una sociedad en la que no existía Estado, es decir, una instancia que monopolizara la violencia legítima. El poder estaba disperso en la sociedad y había de ejercerse de una manera dispersa. Como dice certeramente Brunner (p. 106): «La *Fehde* está tan inseparablemente unida a la vida del Estado medieval y a la política medieval como la guerra al Estado soberano y al Derecho Internacional Público de la época moderna». Se la consideraba lamentable, pero, al mismo tiempo, necesaria. Merece la pena decir unas palabras sobre ella, pues se trata de una institución que muestra de modo patente la tensión entre el derecho y la lucha por mantenerlo. La *Fehde* o *Faida* era una lucha armada por el derecho y regulada por el Derecho, de manera que cuando no se basaba en la defensa del derecho era una acción «temeraria», antijurídica e injusta que situaba al que la hacía en «enemistad» con la comunidad. No sólo había un derecho, sino una obligación, a la *Fehde*, de modo que no realizarla cuando el propio Derecho había sido violado era una acción o, más bien, una omisión deshonrosa. Hablando en términos generales, tenían capacidad de *Fehde* los reyes y príncipes, los nobles, los señores laicos y eclesiásticos, los estamentos políticos y las ciudades imperiales y de realengo, los cuales podían verse obligados a llevarla a cabo en defensa de un inferior que no gozara del derecho de realizarla. La iniciación de la *Fehde* debía ser precedida de una declaración de enemistad, pues en otro caso era ilegítima. Era llevada a cabo por la lucha armada que incluía la muerte o prisión del adversario y por el daño y la desolación de sus tierras, pero respetando todo círculo autónomo de paz (como, por ejemplo, la casa y la iglesia) o las personas protegidas por ella (clérigos, peregrinos, mercaderes, mujeres, etc.). Se suspendía por una tregua y se cancelaba por una paz que terminaba con la enemistad y restauraba el Derecho.

poderes carismáticos de éste, pero aun en tal eventualidad, se trataba de un Derecho de los antiguos, es decir, de un Derecho viejo, transmitido por la tradición y no creado por la reflexión abstracta, y que, aun revelado al rey o por el rey *in illo tempore*, se había convertido en Derecho de la comunidad. Cierto es también que en ocasiones se establecían normas no emanadas consuetudinariamente ni recibidas de la tradición. Pero, en primer lugar, tales normas sólo podían establecerse por el *consensus*, también llamado muy frecuentemente *iudicium*, de la comunidad misma como dueña del Derecho, a través de sus grupos representativos (dando a esta palabra una acepción muy lata); en segundo lugar, y esto es lo más importante para el tema que tratamos en este momento, el establecimiento de normas jurídicas por el rey y los magnates no se consideraba como un acto legislativo, como una «invención» o creación racional del Derecho, sino como un acto de jurisdicción (*iuris dictio*) consistente en el «descubrimiento» dentro del orden jurídico de la comunidad o de sus principios básicos, de las normas exigidas por el caso planteado, de modo que la nueva norma surgía como un incidente del *ius dicere*. En la realidad de las cosas se podía dar origen a un nuevo Derecho, pero tal creación se hacía sin clara conciencia de ello y bajo la idea de la pura aplicación a una circunstancia dada del Derecho establecido. Tampoco alteraba este cuadro la creación de nuevas relaciones jurídicas a través de pactos o mediante el otorgamiento de privilegios por parte del monarca o de cualquiera que dispusiera de derechos, pues tales modos no significaban directamente una creación de Derecho objetivo, sino, formalmente, una modificación, una transformación de derechos subjetivos, dentro del orden jurídico existente, y sociológicamente el reconocimiento de *status* concretos de poder.

Así, pues, cualquiera que fuera su origen, el Derecho de la alta Edad Media no era un Derecho estatuido ni dictado por el poder político –que carecía de medios institucionales y técnicos para llevar a cabo esta tarea–, no era inventado ni creado, o, al menos, no era concebido como tal, sino que por estar ya dado lo único que procedía era descubrirlo y aplicarlo. La verdad profunda de las cosas humanas se conoce en el caso excepcional, y vamos, en efecto, a contrastar esta idea del Derecho en un caso excepcional, pues excepcional era ciertamente la situación de los cruzados que fundan el reino de Jerusalén y que han de crear su correspondiente orden jurídico. Aunque tales cruzados se encontraban ante la nada políti-

ca y jurídica y, por tanto, sin derechos adquiridos que lesionar, no se les ocurrió crear un Derecho nuevo, pues tal cosa –como veremos más claramente al tratar el primado del Derecho viejo sobre el nuevo– no cabía en su mentalidad jurídica, y, entonces, con recortes del Derecho consuetudinario vigente en sus tierras originarias establecieron el nuevo orden jurídico. He aquí como lo relata el cronista:

> «Cuando la santa ciudad de Jerusalén fue conquistada a los enemigos de la Cruz y restaurada en el poder de la fe de Jesucristo, en el año de la encarnación de Nuestro Señor Jesucristo de 1099 [...] y cuando los príncipes y barones eligieron por rey y señor del reino de Jerusalén al duque Godofredo de Bouillon, y cuando él hubo recibido el señorío [...] escogió, por el consejo del patriarca de la santa ciudad e iglesia de Jerusalén y por el consejo de los príncipes y barones y de los hombres más prudentes que pudo encontrar, hombres prudentes que inquirieran y supieran de las gentes de diversas tierras que allí estaban, cuáles eran los usos de sus tierras; y tan pronto como cada uno de los que él había escogido para ese menester pudo saber y aprender esos usos, los apuntaron y pusieron por escrito, y llevaron este escrito ante el duque Godofredo; y éste reunió al patriarca y a los otros antedichos y les mostró e hizo leer ante ellos ese escrito; y, después por su consejo y por su consentimiento, concilió de cada uno de los escritos lo que le pareció bueno, e hizo las *assises* y usos que deberían tener, mantener y usar en el reino de Jerusalén, por los cuales él y sus gentes y su pueblo y todas las otras maneras de gentes que vayan y vengan y permanezcan en su reino, serían gobernadas, guardadas, tenidas, mantenidas y conducidas (*menés*) y juzgadas por la razón y el Derecho en el dicho reino»[23].

En fin, no había un órgano o instancia específica dotado del monopolio de creación jurídica, sino que, como hemos visto, el Derecho emergía de la comunidad por un proceso básicamente espontáneo y era considerado como un patrimonio precioso e inenajenable de ésta, de modo que quien tocara al viejo y bien adquirido *ius* lesionaba la existencia misma de la comunidad. Ya hemos visto cómo con arreglo a estos supuestos, la función del poder político quedaba

23 *Livre des Assises de la Haute Cour* (de Jerusalén), edic. de A. Beugnot, Paris, 1841-43, II, 1.

agotada, desde el punto de vista del Derecho, en su defensa (hasta donde lo permitían sus medios) y en la declaración de la norma aplicable y, por eso, el rango político de una institución no se medía, como en nuestra época, por la jerarquía de sus atribuciones legislativas, sino por la de sus atribuciones judiciales, pues, como hemos mostrado, gobernar no consistía en crear Derecho, sino en guardarlo y aplicarlo y de aquí que no sólo se emplee con frecuencia indistintamente la palabra *iudicium* por *consilium*, sino que también algunas fuentes usen la palabra *iudex* como equivalente de *rex*. En fin,

> «en una sociedad que poseía pocas técnicas para controlar a sus señores humanos, el Derecho consuetudinario era mirado naturalmente como una preciosa posesión de la comunidad. Tenía la dignidad de la edad y la intimidad de la experiencia comunitaria. Parecía justo porque era viejo y también porque era familiar: no estaba ausente de los libros de los especialistas, pero más bien estaba inmediatamente presente en el uso común de aquellos a quienes afectaba. Era la más estimada salvaguardia de los derechos de la propiedad y de las personas, la inmutable autoridad a la que el hombre podía apelar contra la innovación que significaba a menudo una nueva explotación»[24].

Más adelante aludiremos a las lesiones causadas al *status* de los campesinos por el «nuevo» Derecho romano.

4. PRIMACÍA DEL DERECHO VIEJO SOBRE EL NUEVO[25]

Del hecho de que la normatividad se derivara de la repetición de actos, se desprendía un principio jurídico de primera importancia, a saber, la primacía del Derecho viejo sobre el nuevo, pues es claro que mientras más repetidos fueran los actos o más se extendiera en el tiempo un *status*, mayores eran las razones de su vigencia y la justificación de su legitimidad. La creencia en un Derecho divino y natural introdujo, sin embargo, un correctivo a la

24 E. Lewis: *Medieval Political Ideas*, p. 2.

25 *Vid.* F. Kern: *op. cit.*, p. 122 y ss.; O. Brunner: *op. cit.*, p. 138 y ss., y los testimonios de la época, que citamos más adelante, en las partes II, 3 y 4 de este trabajo.

plusvalía del Derecho viejo sobre el nuevo, en el sentido de afirmar que para un uso o situación adquirida fueran Derecho habían de regir *iuste et rationabiliter*, pues, como hemos visto más arriba, lo justo y lo bueno no se consideraban como algo que pudiera estar al margen o en contraste con el Derecho positivo, sino que eran tenidos por notas inherentes a éste y sin las que el Derecho era inconcebible. Aquí, como en otros campos, no se habían producido las típicas separaciones –o, cuando menos, las precisas distinciones– de la época moderna entre Derecho, justicia, uso y moral, de modo que el Derecho divino, el natural y la ley moral no están (en la alta Edad Media) sobre, ni más allá del Derecho positivo, sino que «todo Derecho es divino, natural y positivo al mismo tiempo»[26]. Por consiguiente, una norma, por antigua que fuera, que estuviera en contradicción con la justicia, no era Derecho, sino un mal uso, una *prava consuetudo* que, como tal, había de ser abolida, siendo uno de los deberes del rey corregir las malas costumbres. La posible oposición entre el viejo Derecho establecido y el Derecho natural es, a veces, zanjada con el argumento de que el Derecho natural es el más antiguo de todos, puesto que nace con el hombre mismo. Lo que valía, pues, no era simplemente el Derecho viejo, sino «el buen Derecho viejo», pero se entendía que un Derecho viejo, por el hecho de ser viejo, era bueno mientras no se demostrara lo contrario, demostración que había de llevarse a cabo no por una *ratio* abstracta, sino por la *ratio* concreta o por la razón vital de la comunidad. El buen Derecho era, pues, el Derecho viejo, y el Derecho viejo era, en principio, reputado como bueno. Un Derecho malo y viejo era para las ideas de la época un absurdo: si era malo no era Derecho, y si era bueno era antiguo; en cambio, un nuevo Derecho era, en principio, malo. Lo bueno era lo perteneciente a la comunidad desde tiempo inmemorial, lo que había crecido con ella misma. Lo mismo que la concepción sacral del Derecho desconoce la oposición entre Derecho y justicia, así también el Derecho consuetudinario, pues, repetimos, si es injusto no es Derecho. Por eso quedaba estigmatizada toda norma nueva o de fuente foránea a la comunidad, tanto si tomaba la forma de una decisión del rey como la de un Derecho extraño, introducido por los juristas: el Derecho del pueblo era una creación y un don de Dios, y de quien estableciera novedades se pensaba que no podía ser un buen cristiano pues actuaba contra Dios y el Derecho, como tendre-

26 F. Kern: *op. cit.*, p. 131.

mos ocasión demostrar más adelante a través de algunos testimonios significativos. Por consiguiente: todo Derecho era bueno y justo y, como antes hemos visto, cuando no existía norma expresa aplicable a un caso, era preciso encontrarla mediante la inducción del Derecho vigente o por la ficción de que existía por el consentimiento tácito o expreso de la comunidad.

5. PRIMACÍA DEL DERECHO SUBJETIVO. LA *LIBERTAS*

Todo Derecho es a la vez norma y pretensión, es decir, Derecho objetivo y subjetivo, pues el primero, el Derecho como norma, está destinado a transformarse en el segundo, en el Derecho como pretensión, a la vez que el Derecho subjetivo para hacerse valer ha de postular una validez objetiva. Estando, pues, contenidos ambos momentos en la idea del Derecho, cabe la prioridad del uno o del otro, es decir, cabe que los derechos subjetivos sean una consecuencia o simple subjetivación del Derecho objetivo, como es el caso de los modernos órdenes jurídicos construidos bajo la supremacía de la ley, o cabe que el orden jurídico objetivo, sea la resultante de la concurrencia o de la coordinación de una pluralidad de derechos subjetivos, como lo es, en buena parte, el actual Derecho internacional. Consecuencia de cada uno de los sistemas es que, en el primer caso, una nueva norma puede anular los derechos adquiridos, mientras que en el segundo, un Derecho adquirido paraliza la validez de una norma objetiva.

El orden jurídico de la alta Edad Media se manifestó preponderantemente como un complejo de derechos subjetivos cuyos titulares podían ser personas físicas, dignidades, corporaciones o grupos. Esta primacía del Derecho subjetivo derivaba de una serie de factores como la falta de una instancia central que estableciera normas jurídicas válidas para todo el ámbito del reino, la carencia de una concepción abstracta del Derecho, y la conversión de *status* fácticos en situaciones jurídicas. Era posible por la naturaleza predominantemente estática de la sociedad, ya que la santidad de los derechos adquiridos es incompatible con una sociedad orientada hacia el futuro y acentuadamente dinámica. Y reposaba, en fin, sobre la idea medieval de que el Derecho no se tiene como una gracia que nos concede el orden jurídico objetivo y que nos garantiza el poder impersonal del Estado, sino como una pretensión que hay que saber y poder mantener. Lo

mismo que actualmente en el sistema de la economía libre se tiene la posición económica que se ha sido capaz de adquirir o de mantener, en el caso de que haya sido heredada, así sucedía también con el *status* jurídico durante la alta Edad Media.

Por eso, por su carácter primordialmente subjetivo, la expresión del Derecho no era la inexistente ley general, sino el privilegio particular, es decir, la regulación específica de un individuo o, más bien, de una unidad social, linaje, localidad, monasterio, universidad, etc.: «el Derecho medieval –dice Tellenbach– coloreado por sus orígenes germánicos, no es más que la totalidad de los derechos de los individuos»[27]. En realidad la idea medieval del Derecho desconoce la distinción entre Derecho objetivo y subjetivo[28], lo mismo que desconoce la distinción entre Derecho público y privado, aunque, naturalmente, nosotros podamos examinar su orden jurídico a la luz de tales categorías. La misma facultad «legislativa» o de creación del Derecho era concebida no como una competencia, sino como un Derecho subjetivo, fuera su titular el rey frente a sus regnícolas y frente a su Imperio, fuera una entidad autónoma frente al rey o frente a un señor.

El contenido del privilegio lo constituye la *libertas*. La palabra «libertad» es equívoca y hay que verla siempre en su contexto histórico. Común a la *libertas* de la antigüedad clásica y la libertad moderna es su formación racional y abstracta. Pero para la antigüedad *libertas* significaba la capacidad de tener derechos y la ausencia de sumisión a cualquier poder extraño que no fuera el de la propia comunidad en cuya formulación de voluntad tomaban parte los ciudadanos; en cambio, para nuestro tiempo, si bien tal caracterización de la libertad no deja de estar presente (libertad democrática), sin embargo, se entiende más bien por libertad una esfera jurídica individual inmune al poder del Estado. Distinta de ambas es la *libertas* medieval. En primer lugar no tenía una formulación abstracta, sino concreta: era la *libertas* de este o aquel vasallo, de esta o aquella

---

27 G. Tellenbach: *Church, State and Society*, p. 16. Esta obra de Tellenbach, cuyo título original es *Libertas: Kirsche und Welturdnung im Zeitalter des Investiturstreites* (Leipzig, 1936) es uno de los mejores estudios sobre la *libertas*.

28 *Vid.* O. Gierke: *Das deutsche Genossenschaftsrecht*. Graz, 1954, t. II, p. 127, n. 1; donde dice, con razón: «Lo característico del antiguo Derecho alemán no es la falta de un concepto objetivo del Derecho, sino la falta de oposición entre el Derecho objetivo y subjetivo. Faltaba el concepto abstracto de ley, como faltaba el concepto abstracto de libertad».

ciudad, de este o aquel monasterio, del clero, de los nobles o de los mercaderes, etc., etc.; en segundo lugar, la *libertas* (también llamada *privilegio, status, honor, dignitas, ius*, etc.), era ciertamente el conjunto de las pretensiones e inmunidades de una persona física o jurídica, pero comprendía también sus obligaciones y dependencias, pues, de un lado, la *libertas* lo era frente a un poder concreto, pero no frente a todo poder; de otro lado, el pensamiento medieval sólo concibe los derechos como contrapunto de servicios:

> «la *libertas* de una iglesia, por ejemplo, podía consistir en su independencia del obispo diocesano, pero esto no quiere decir que no estuviera sujeta a otra autoridad eclesiástica. Un hombre podía ser libre (*liberrimus*) con respecto a todos los demás, pero siervo (*servus*) de un señor particular. Además las características positivas de la libertad era más importantes en la Edad Media que sus limitaciones negativas. La *libertas* del clero puede significar no sólo libertad del control laico, sino también la capacidad y la misión de 'gobernar ángeles y hombres'»[29].

En resumen, la *libertas* medieval era tanto como el *status* jurídico subjetivo, el Derecho objetivo era el orden resultante de la coordinación del conjunto de las libertades o derechos subjetivos particulares, y el privilegio no significaba excepción a un Derecho general, sino más bien la formulación precisa de una situación jurídica subjetiva, real y concreta, es decir, de una *libertas*. Función del poder público era guardar ese orden jurídico compuesto por un mosaico de derechos subjetivos y, por eso, el rey no era configurado como legislador, sino como juez, y el rango jurídico-político se medía, como hemos dicho, en función de las atribuciones jurisdiccionales.

6. CRISIS DEL ORDEN JURÍDICO Y TRANSICIÓN HACIA NUEVAS FORMAS

El orden jurídico descrito en las páginas anteriores pudo funcionar adecuadamente mientras no se extendió más que a comunidades de pequeño ámbito y de problemática jurídica simple, pero tal eficacia estaba destinada a perderse cuando dicho orden se extendiera a ámbitos más amplios y a un sistema de relaciones más

29 G. Tellenbach: *op. y loc. cits.*

complejo. Y así, a medida que avanza la Edad Media y se producen determinados cambios y procesos sociales, el orden jurídico deja de cumplir la primera de sus funciones, es decir, proporcionar la seguridad jurídica; por otra parte, las nuevas necesidades de la vida política y económica eran incompatibles con el arcaísmo jurídico y exigían un Derecho no sólo de nuevo contenido, sino también de naturaleza más dinámica. Comencemos por examinar las razones de la inseguridad.

En primer lugar, la primacía del Derecho subjetivo y la consiguiente falta de una formulación objetiva y general del Derecho, no sólo creaba una situación confusa derivada del desconocimiento de los derechos que pudieran tener otros sujetos, sino que hacía difícil hacerlos valer en zonas más allá de donde eran conocidos. Además, si el Derecho no era registrado por escrito, su descubrimiento, en la discusión de un caso concreto, se realizaba mediante el procedimiento de la encuesta llevada a cabo por los entendidos en Derecho de la comunidad (pues todavía no existía el jurista facultativo y profesional), es decir, por los *sapientes*, *prud'hommes*, *boni viri*, *escabinos*, procedimiento que, como antes hemos dicho, podía ser adecuado para pequeñas comunidades y problemas jurídicos sencillos, pero que dejaba de serlo si se alteraban estos supuestos. Sin embargo, el Derecho, aun siendo consuetudinario, podía ser registrado por escrito en Cartas o en libros jurídicos. Las primeras significaban, o bien el reconocimiento o confirmación solemne de libertades colectivas o individuales adquiridas anteriormente, o bien el otorgamiento de tales libertades por el rey o por otra autoridad al transferir sus propios derechos a otros sujetos. Los libros de Derecho, recogían costumbres jurídicas eliminando, a veces, las contrarias al buen Derecho viejo o complementando las normas consuetudinarias de un lugar con las originadas en otros círculos jurídicos o, más adelante, en normas de espíritu romanístico. Las Cartas neutralizan hasta cierto punto la situación de inseguridad, pero nada más que hasta cierto punto, pues, en primer lugar, no había un registro general de Cartas o de otros documentos fehacientes, de manera que nadie podía tener la seguridad de que otro sujeto no poseyera una Carta de mayor validez que la suya y, en segundo lugar, esa misma inseguridad, así como la falta de archivos oficiales y la superior validez del Derecho viejo, abrían la vía a la falsificación, no siempre fácil de impugnar y a veces considerada como fraude piadoso (*pia fraus*) o justo, y cuyo más significativo, pero en modo

alguno único ejemplo, es la Donación de Constantino. La confirmación de Cartas por cada nuevo rey introdujo un correctivo a tal situación y, por supuesto, cuando las Cartas afectaban a todo el país, a un estamento o a un monarca, la certidumbre jurídica era mucho mayor por la notoriedad de la Carta misma y por las precauciones que se tomaban para su promulgación y registro[30]. Mas con todo, y en oposición a la incondicional afirmación medieval del reinado del Derecho, la vida jurídica se encontraba dominada por la incertidumbre cuando la propia *libertas* no iba acompañada del necesario poder para hacerla efectiva. A estos factores de inseguridad se añadían todavía los derivados del carácter irracional del Derecho, especialmente en el aspecto procesal, con medios de prueba tales como las ordalías, el juicio de Dios, etc., incompatibles con las exigencias vitales de la baja Edad Media y, en especial, con las necesidades jurídicas de la naciente burguesía que necesitaba un Derecho cierto, racional y flexible.

El primado del Derecho viejo estaba acorde con el arcaísmo y la tendencia al inmovilismo que caracteriza a la alta Edad Media; pero como ninguna sociedad verdaderamente histórica, es decir, capaz de generar una nueva estructura, es totalmente inmóvil, no dejaron de producirse ciertos cambios en el orden jurídico, no dejaron de estar presentes ciertos momentos dinámicos, aunque hasta el siglo XIII ello no fuera sino de manera lenta y sin conciencia de su realización. En primer lugar, la misma tradición oral del Derecho abría una vía para su modificación ya que carecía de la fijeza e inmovilidad del texto escrito; por otra parte, los sapientes, al adaptar el Derecho y aun pretendiendo conservar su espíritu o, al menos, so capa de ello, no dejaron en realidad, de alterarlo; en otros casos, las aparentes restauraciones del nuevo orden introdujeron en realidad verdaderos cambios; las mismas falsificaciones antes aludidas significaban una creación de Derecho nuevo, creación que también se llevaba a cabo cuando los poderosos lograban dar carácter de precedente a un acto que hasta entonces se había

30 Valga, a título de ejemplo, el art. 31 de la Bula de Oro húngara de 1222: «A fin de que esta concesión y ordenación dure a perpetuidad, en nuestra vida y en el tiempo de nuestros sucesores, la hemos hecho consignar en siete ejemplares y confirmar con nuestro sello áureo, para que uno sea enviado al Señor Papa y que lo haga incluir en sus registros; y segundo a los Hospitalarios; el tercero a los Templarios, y el cuarto al rey, el quinto al Capítulo de Strigonia (Gran), el sexto al de Colocensi (Kaloeza), el séptimo será conservado por el Palatino en funciones».

realizado una sola vez. Finalmente, los libros de Derecho consuetudinario, aun teniendo como intención aparente registrar las costumbres de la región, no sólo sistematizaban y unificaban doctrinalmente la pluralidad jurídica, sino que, como veremos más adelante, introducían modificaciones al Derecho vigente, fuera como deducciones lógicas de las normas establecidas, fuera por su complementación con otras normas.

Queda así claro que no toda actividad jurídica se reducía al descubrimiento, sino que había también creación o invención del Derecho a través de una serie de vías que iban modificando su estructura y que representaban una adaptación a las situaciones planteadas por los tiempos. Pero podemos afirmar que estas transformaciones se realizaban, por así decirlo, de un modo espontáneo y, en todo caso, casuístico. Sucedió, sin embargo, que llegó un momento en que tales expedientes no satisfacían las necesidades generadas por las transformaciones sociales, económicas y políticas, planteándose así la necesidad de la creación consciente de un nuevo Derecho que rebasara los pequeños círculos, se orientara hacia el futuro y situara al orden jurídico a la altura requerida por el momento histórico. Al servicio de tal necesidad surgió no ya una *praxis*, como hasta ahora, sino una nueva idea del Derecho que se desarrolla como un componente de los grandes cambios estructurales que abren el período de la baja Edad Media. En las páginas que siguen intentaremos dar cuenta de esta nueva idea, de su tensión con la antigua y del orden finalmente resultante.

II
LA IDEA DEL DERECHO EN LA BAJA EDAD MEDIA

1. LA CONCEPCIÓN *IUSCÉNTRICA* DE LA SOCIEDAD

A. La nueva metafísica jurídica

A partir del siglo XIII, pero como consecuencia de un movimiento iniciado en la centuria anterior y que forma parte del fenómeno designado por Haskins como el «renacimiento del siglo XII»[31], la idea teocéntrica de la sociedad comienza a ceder paso a la iuscéntrica, es decir, centrada en torno al Derecho ya que el mismo rey, que se dispone a dar efectividad a la idea de lo público frente a la particularización y privatización de los poderes feudales, es concebido no sólo como la *lex animata* sino también –mediante la transferencia a la dignidad realde los poderes que el derecho romano atribuía a la dignidad imperial– como el creador mismo de los preceptos legales y no sólo como el guardián del Derecho. La tendencia al abandono del monopolio de la concepción teocéntrica va vinculada al aristotelismo político que no considera a la gracia como momento absolutamente necesario para la legitimidad de la convivencia política y distingue, así, entre la sociedad civil fundada en la naturaleza y la sociedad eclesiástica fundada en Cristo. El lugar ocupado por la figura de Cristo[32] en la etapa anterior comienza ahora a ser llenado por el Derecho, pero para ello el Derecho mismo y la juris-

---

31 Ch.H. Haskins: *The Renaissance of the 12th Century*. New York, 1957, p. 5 y ss.

32 Sobre la significación de la tendencia que se manifiesta a partir del s. XIII del cambio del título *Christi* por el de *Vicarius Dei*, *vid.* el trabajo de E.H. Kantorowicz, «*Kingship under the Impact of Jurisprudence*», incluido en su *Selected Studies*, New York, 1965, pp. 163 y ss.

prudencia tenían que crearse su propia espiritualidad y buscar sustentación en una realidad trascendente.

A ello responde la metafísica y el *pathos* de la Justicia. *Prius fuit iustitia quam ius*, dice un texto constantemente repetido de la glosa ordinaria, a lo que otros añaden que lo mismo que lo abstracto es anterior a lo concreto, así la Justicia es anterior al Derecho. Esta Justicia que según las Partidas «[...] es una de las cosas porque mejor y más enderezadamente se mantiene el mundo y así como fuente, de donde manan todos los derechos» (III, 1, *Proe.*), es *mater et causa iuris*, fue creada en la eternidad antes de la creación del orbe, y el *ius* es su *minister vel filius*. Aunque el testimonio es tardío (1468-71), merece la pena recordar aquí a Sir John Fortescue:

> «las leyes humanas no son otra cosa que las reglas por las que se revela la justicia perfecta; pero en verdad la justicia que las leyes revelan no es la justicia particular, se llame conmutativa o distributiva, o cualquier otra especie de virtud particular, sino que es la virtud perfecta, a la que se llama la justicia legal»[33].

Hemos visto que para la época anterior la Justicia se confundía con Dios mismo. Pero ahora los juristas desarrollan la idea, inspirada desde luego en los textos del *Corpus Iuris*, pero quizá también en el averroísmo, de una *iustitia mediatrix* entre Dios y los hombres (o los príncipes), entre la ley divina y las leyes humanas, entre la razón y la equidad, o, como dicen las *Partidas* (II, 1, 28), «mediadora entre Dios y el mundo» y originda en Cristo, es decir, en el Sol de la Justicia (III, I, 1). Es la Justicia la que, irradiando de los cielos, ha establecido, según Federico II, los poderes de los príncipes como institución salvadora, pues sin ellos, en tanto que agentes de la justicia, los crímenes quedarían impunes y, consecuentemente, perecería el género humano y se aniquilaría la obra de la Creación. Y así, «por la fuerza necesaria de las cosas no menos que por la divina providencia» fueron establecidos los príncipes para que, traduciendo la justicia en Derecho, impidieran los crímenes, establecieran la convivencia pacífica entre los hombres y decidieran sobre la fortuna, la suerte y la condición de cada uno. *Ubi est iustitia* –dice Andrea de Isernia expresando un pensamiento común al tiempo– *ibi concordia*. Donde ella rige todo marcha bien, pues es «la reina de las virtudes». Placentino y

33 Sir John Fortescue: *De laudibus legum Angliae*, cit. por la edic. de Cambridge, 1949, IV, lín. 25 y ss., p. 10.

otros juristas imaginaron un Templo de la Justicia donde aparece rodeada de las demás virtudes, teniendo sobre su cabeza a la *ratio* y en sus brazos a la *aequitas*. Y, como veremos más adelante, la dignidad y más aún, la tendencia a la deificación de la Justicia tiene como corolario la consideración del jurista como «sacerdote de la justicia». Se trata de una idea abstracta de la justicia –que los juristas distinguen de la justicia como hábito– aunque susceptible de ser simbolizada y que se identifica o vincula con la razón abstracta asequible a la razón humana. En fin, como resume Kantorowicz, «era una idea o una diosa»[34], anterior a toda ley y por la que se justifica toda ley.

La Justicia es, pues, madre del Derecho y el intérprete de la Justicia y, por tanto, el creador del Derecho sobre cuya vigencia reposa la ordenación social, es el príncipe: *lex animata* y, más tarde, titular del poder soberano. El rey ya no es únicamente juez de un Derecho encontrado pero no creado por él, sino que, sin perder la calidad de juez, no sólo se convierte en legislador sino que la facultad de legislar es la nota característica de la dignidad real: es él quien traduce la justicia en preceptos a los que convierte en efectivamente vinculatorios gracias a su disposición del poder y por los que se establece y transforma el orden político. La índole de este trabajo no hace necesaria una historia detallada del desarrollo de la concepción iuscéntrica de la sociedad; basta para nuestro objeto que mostremos algunos de sus momentos más significativos.

Ya en la famosa Dieta de Roncalia de 1158 los «cuatro doctores» –Bulgarus, Martinus, Ugo y Jacobus– dicen al emperador Federico I Barbarroja: «Tú siendo la ley viva, puedes dar, disolver y proclamar leyes; crear y decaer duques y reyes, puesto que eres juez; cualquier cosa que quieras puedes llevarla a cabo, pues actúas como la *lex animata*»[35]. Es decir, todo el poder del emperador sobre el que se basa, al menos en principio, el orden del mundo cristiano radica en su carácter de *lex viva*.

Hemos visto que Federico II[36] considera al emperador como una creación o encarnación de la Justicia irradiante de los cielos para que mantenga el orden social, amenazado por el hombre desde que se negó a ponerse espontáneamente bajo la ley del Creador. Por consi-

---

34 E.H. Kantorowicz: *The King's Two Bodies*, p. 110.

35 El texto es muy citado. *M.G.H. Scrip.* XXII, 316.

36 *Vid.* mi trabajo «Federico II de Suabia y el nacimiento del Estado moderno» en: Obras Completas, II (1991) pp. 1.119-1.170.

guiente, corresponde al poder imperial crear las leyes a las que deba someterse el género humano y asegurar por el poder la sumisión a la justicia y al Derecho que el hombre se niega a aceptar espontáneamente. «No sin gran consejo y sabia deliberación –dicen las *Constituciones de Melfi*–los quírites, por la *lex regia*, confirieron al príncipe romano tanto el Derecho a legislar como el *imperium*, para que en una misma persona... se originara la Justicia y se procediera a la defensa de la Justicia». Así, pues, el supremo poder, es decir, el *imperium* y la potestad de dar las leyes –gracias a las cuales se cumple la finalidad del orden político que es mantener a los pueblos en la paz y en la justicia– son conceptos lógicamente correlativos y, por eso, reitera, «se proveyó, tanto por la utilidad cuanto por la necesidad, que concurrieran en una misma persona el origen y la protección de la Justicia a fin de que no decayera el vigor de la Justicia y la Justicia del vigor»[37]. El emperador, pues, reúne el poder para establecer y garantizar el Derecho al tiempo mismo que el poder se justifica por la necesidad de la vigencia del Derecho sin que el que no habría sociedad, ni orden, ni concierto. «El emperador, por tanto, ha de ser el padre y el hijo, el señor y el siervo de la Justicia, es padre y señor en generarla y conservarla, se muestra como hijo en venerarla y como siervo en servirla». El emperador es hijo de la Justicia porque existe en razón de ella, es su siervo porque es su deber servirla y administrarla; pero así como Dios ha derramado la Justicia sobre el emperador, así éste la derrama sobre sus funcionarios y súbditos, estableciendo mediante normas jurídicas lo que es justo e injusto y, en este sentido, es padre y señor de la Justicia. Dicho de otro modo: respecto a Dios el emperador es hijo y siervo de la Justicia, pues nace por y para ella; respecto de los hombres, es padre y señor de la Justicia pues a él corresponde declararla por la legislación y conservarla por la jurisdicción. Y con ello ordena la realidad social y política rompiendo viejas estructuras y creando otras nuevas de acuerdo con la necesidad de las cosas. La sociedad se construye, pues, en torno al Derecho y el Derecho en torno a la justicia.

La concepción iuscéntrica de la sociedad presidirá, en fin la que suele llamarse primera teoría del Estado moderno. Nos dice Bodino

37 Constituciones de Melfi, I, XXXI. Aclara la glosa: «En esta constitución se dice que en la persona del emperador deben concurrir concordantemente la justicia y la fortaleza». *Const. Regni Siciliarum libri II cum comentariis veterum jurisconsultorum.* Nápoles, 1773, t. I, p. 81.

que «al igual que el navío no es más que madera, sin forma de barco, cuando se ha quitado la quilla que sostiene los costados, la proa, la popa y el puente, igualmente la república sin poder soberano que una a todos sus miembros y partes y a todas las familias y corporaciones en un organismo, no es república»[38]. Ahora bien: ¿qué es el poder soberano? «Es el poder absoluto y perpetuo de una república»; pero, ¿en qué consiste concretamente este poder? Bodino enumera las más importantes atribuciones en que se manifiestan los derechos mayestáticos para terminar diciendo que todos ellos están comprendidos en «el poder de dar y de casar la ley..., de suerte que, hablando propiamente, se puede decir que es la sola nota (*seule marque*) de la soberanía puesto que todas las demás están contenidas en ella»[39]. Fin de la ley es la justicia, pero el príncipe es el único intérprete de ella, pues de otro modo no sería soberano.

Esta concepción iuscéntrica de la sociedad hubiera sido imposible sin una serie de factores entre los que, para el propósito de este trabajo, interesa destacar dos: a) la formación de un Derecho legal, es decir, racionalmente calculado para ordenar a la sociedad de una determinada manera, y, b) el nacimiento de un estamento profesional de juristas que constituyera la clase dirigente y que *mutatis mutandis* desempeñara en la nueva sociedad análogo papel al de los sacerdotes en la sociedad teocéntrica.

Hemos visto anteriormente que la alta Edad Media no pretendía inventar el Derecho, sino simplemente descubrirlo. Hasta cierto punto, esto ocurre también, al menos en sus orígenes, con el Derecho legal revelado a la época en el «descubrimiento» del Derecho romano que, si no siempre fue recepcionado, sí actuó siempre como Derecho arquetípico y como Derecho común, a lo que cabe añadir que en los orígenes de su descubrimiento opera también la idea del superior valor del Derecho viejo, si bien en este caso se trata de un Derecho cuya validez no se apoyaba en la tradición ininterrumpida, sino en la idea de la «renovación» política y jurídica del Imperio romano, considerado como la más plena y perfecta de las formas que el mundo pueda conocer; no se trata pues, de continuar el Derecho establecido, sino de restablecer el considerado como el mejor de los sistemas jurídicos, lo que, históricamente hablando,

38 *Les six livres de la République*, cit. por la edición de París, 1579, p. 12. (Hay traducción española por Pedro Bravo, Caracas, Instituto de Estudios Políticos, 1966).

39 *Op. cit.*, p. 223.

significa tanto como establecer un Derecho nuevo. Y así operó y fue entendido en la dialéctica jurídica y política de la época, como más adelante tendremos ocasión de ver[40]. No tenemos que hacer aquí la historia de la renovación de tal Derecho desde sus comienzos en Pavía hasta la extensión de su estudio por todas las universidades; tampoco tenemos que detenernos por el momento, aunque más tarde diremos algo respecto a ello, sobre la utilidad de tal Derecho para los intereses del fortalecimiento del poder real. Lo que nos importa por el momento es que en el *Corpus Iuris* junto a una mística de la Justicia se encuentra un Derecho racionalizado, por lo que pronto fue llamado la *ratio scripta* y, en consecuencia y puesto que la *ratio* es una y universal, bien podía o aplicarse este Derecho a cualquier circunstancia o inspirarse en sus líneas maestras, en sus principios, en sus técnicas y en sus soluciones para regular situaciones jurídicas donde quiera que fuere. En realidad fue esta segunda posibilidad la destinada a tener mayor vigencia, pues la plena recepción del Derecho romano tuvo lugar únicamente –y tardíamente– en Alemania. Pero, en todo caso, el *Corpus Iuris* necesitaba ser interpretado no sólo porque había surgido en una realidad extraña y estaba formado con una técnica no menos extraña y compleja, sino también porque entre algunos de sus preceptos había una distancia de seiscientos años, mostrando, por consiguiente, una serie de contradicciones. En resumen: si bien se «descubre» el Derecho romano justinianeo, era preciso «re-elaborarlo» si se quería que fuera inteligible. La escuela de los glosadores se planteará como problema mostrar el auténtico sentido del texto; la de los comentaristas que le sigue, tratará de adaptar el Derecho justinianeo a las condiciones jurídicas del tiempo armonizándolo con los derechos existentes, nacionalizando, por así decirlo, el Derecho romano sin perjuicio de su carácter universal, de modo que de una vieja ciencia hacen una nueva, transformando el Derecho romano en Dere-

40 Sobre el «renacimiento» o «renovación» del Derecho romano y los juristas, *vid.*, además de las citadas obras de Koschaker, Kantorowicz, Schramm y Hazeltine: M.P. Gilmore, *Argument from Roman Law in Political Thought*, Cambridge, Mass., 1941; F. Ercole: *Da Bartolo all'Althusio*, Florencia, 1932; P. Vinogradoff: *Il diritto romano nell'Europa Medievale*, Palermo, 1914; P. Torelli: *Scritti di Storia del diritto italiano*, Milano, 1959; F. Calasso: *I glossatori e la teoria della sovranità*, Milano, 1951; W. Ullmann: *The Medieval Idea of Law as Represented by Lucas da Penna*, London, 1946; C.N.S. Wolf: *Bartolus of Sassoferrato*, Cambridge, 1913; F.A. Heydte: *Die Geburtsstunde des souveränen Staates*, Regensburg, 1952; F. Calasso, *Introduzione al diritto comune*, Milán, 1951; M. García-Pelayo, «Las culturas del libro», Obras Completas, 1992, pp. 1547-1583.

cho «nacional». Tal fue el sistema llamado *mos italicum* adoptado por los demás países y que convierte el Derecho romano en *ius commune*.

B. El estamento profesional del jurista

La renovación del Derecho romano generó la profesión del jurista, pues se trataba de un Derecho de difícil técnica, exigente de una propia lógica; de un Derecho libresco y escrito en lengua culta y, por tanto, de un Derecho de «letrados». De este modo, el Derecho romano da nacimiento a la profesionalización de una actividad que anteriormente no necesitaba de conocimientos muy especiales ni de dedicación exclusiva o principal. Hay dos manera capitales, aunque no necesariamente excluyentes, de concebir una profesión: o como vocación o como ocupación. Desde el primer punto de vista, la profesión es sentida como una llamada de la divinidad, del destino o de una fuerza interior a la realización de una cierta actividad que la persona, en virtud de esa llamada, siente como una exigencia vital acompañada del correspondiente *ethos*. En el segundo aspecto, la profesión es: a) la conversión de una determinada tarea en ocupación única o, cuando menos, principal y permanentemente de una persona que, b) vive de los ingresos proporcionados por tal ocupación y, c) cuyo ejercicio supone, normalmente, unos años de formación previa que, a veces, son exigidos preceptivamente (profesiones facultativas). El nacimiento de una nueva profesión obedece al proceso de división del trabajo y supone (en especial, pero no únicamente en las profesiones facultativas) el surgimiento de un saber distinto del común y de una función histórica a realizar por los poseedores de ese saber o, dicho de otro modo, una necesidad social destinada a ser satisfecha por el saber en cuestión.

La profesión de jurista adviene en los dos sentidos supradichos y trata de atraer para sí la dignidad y los honores que hasta ese momento pertenecen a los estamentos superiores de la sociedad: el de los sacerdotes y el de los caballeros. Basándose en ciertas expresiones del *Digesto*, se afirma que, puesto que la Justicia es *sacra*, bien puede hablarse de una *religio iuris*, y los que desempeñan el *iustitiae sacratissimo ministerium* son, sin duda, *iustitiae sacerdotes* y su corporación forma el *ordo* de la justicia a imagen de una orden religiosa o de caballería. Si el *ius* es sacro, bien pueden llamarse sacerdotes –dice Azo, basándose en la etimología del vocablo– a quienes lo dispensan, de modo que hay dos especies de sacerdotes: los divinos,

como los presbíteros, y los humanos, como los magistrados. La misma idea encontramos en Fortescue, para quien «la ley es la sanción sagrada que manda lo honesto y justo, y prohibe lo contrario», de donde los juristas pueden llamarse sacerdotes, pues la etimología enseña que un sacerdote es el que da o enseña cosas santas[41]. Según Juan de Viterbo, el juez secular está consagrado por la presencia de Dios, administra un *sacramentum* (juramento), tiene sobre su mesa un texto de las Escrituras y, en materia jurídica, es un Dios para los hombres. Por otra parte –y fundándose también en ciertos textos del *Digesto*– junto a las dos especies de milicias hasta entonces conocidas: la *militia armata* de los caballeros y la *militia inermis* o *celestis* del clero, *surge* la *militia* de los juristas (*militia legum*) que se extiende pronto a las letras en general (*militia litterata* o *doctrinale* o *doctoralis*). Y así, dice Azo: *Est ergo militia alia armata, alia inermis, alia litterata.* Pero com quiera que *miles* en el contexto de la época era tanto como caballero, los juristas reclaman con éxito el rango estamental nobiliario, de modo que en la segunda mitad del s. XII, el birrete de la investidura de doctor se asimila al *cingulum militare*, al tiempo que los juristas[42] ya no piden ser llamados doctores o maestros, sino *domini*. Así pues, como se diría más tarde, *dat Iustinianus honores*: el estudio del *Digesto* otorga honor, es decir, el reconocimiento social de una superior dignidad estamental. «La ciencia de las leyes –dicen las *Partidas*– es como fuente de justicia y aprovéchase de ella el mundo más que de otra ciencia» (II, 31, 9), por eso sus maestros o «señores de las leyes» deben gozar de privilegios equivalentes a la nobleza e incluso a la alta nobleza, y así ha de considerárseles como caballeros exentos de tributo y tras de enseñar durante veinte años «deben haber honra de condes» –tesis man-

41 J. Fortescue: *De laudibus legum Angliae*, pp. 6 y s., III, lín. 30 y ss.: *«Lex est sancio sancta iubens honesta et prohibiens contraria. Sanctum etenim esse oportet quod esse sanctum diffinitum est. Ius etiam discribi perhibetur quod illud est ars boni et aequi, cuius merito quis nos sacerdotes appellat. Sacerdos enim quasi sacra dans vel sacra docens, per ethimologiam dicitur, quia ut dicunt iura leges sacrae sunt, quo eas ministrantes et docentes sacerdotes appellantur».*

42 Sobre los juristas, además de las obras citadas en la nota anterior, *vid.* en especial E.H. Kantorowicz: *The Kings's Two Bodies*, pp. 11 y ss., y *Kingship Under the Impact of Jurisprudence*, pp. 153 y ss.; H. Liermann: *Richter, Schreiber, Advokaten*; G. Dupont-Ferrier: *La formation de l'Etat français et l'unité française*, Paris, 1929. Con referencia a España, *vid.* el excelente trabajo de J.A. Maravall, «Los 'hombres de saber' o letrados y la formación de su conciencia estamental», recogido en la colección de escritos Estudios de historia del pensamiento español, Madrid, 1966, pp. 345 y ss.

tenida por los juristas del tiempo–, pues los jueces, escribanos, etc., «son como guerreros» ya que pelean por «la justicia que es otra manera de muy gran guerra que usan los hombres en todo tiempo» (III, 2, 2). «Son –dice un texto francés del siglo XIV refiriéndose a los legistas de la corte– *chevaliers du roi* porque el rey los ha recibido como sus hombres»[43], y Felipe el Hermoso de Francia les discierne el título *chevaliers ès lois*[44].

La formación del jurista exigía varios años de estudios universitarios seguidos con arreglo al método escolástico[45]. El *Corpus Iuris Civilis*, el *Decretum* y las *Decretales* y, más tarde, los grandes cuerpos de legislación de los reinos estaban dotados de *auctoritas*, es decir, sus postulados tenían carácter dogmático y a la *ratio* no le quedaba otra función, aunque desde luego muy importante, que entenderlos, conciliar sus aparentes discrepancias, sustentarlos por el argumento lógico y transmitir su conocimiento mediante la expresión adecuada. La lógica formal, las distinciones, el silogismo y, más tarde, el juego con sutiles e inútiles distinciones y el planteamiento de problemas sin sentido, desempeñaron un papel análogo al que tenían en los estudios de teología y filosofía. Pero entretanto había surgido el jurista como portador de un nuevo saber laico, necesario tanto para el fortalecimiento institucional del poder político –abriendo así el camino hacia el Estado– y para el realzamiento de su dignidad espiritual –pues el *pathos* de la justicia y del Derecho contribuye poderosamente a la espiritualización del orden político– como para servir a una sociedad llegada a un grado de desarrollo económico y social que necesita de un Derecho preciso, seguro y racional frente al Derecho impreciso, incierto e irracional de la época anterior. Los juristas prestan argumentos para las polémicas políticas del tiempo, primero entre la Curia y el

---

43 *Vid.* por H. Regnault: *Manuel d'histoire du droit français*, Paris, 1947, p. 154. Ser «hombre de otro» (*homo vester, vostre hom*) es el nombre que el Derecho feudal da a la situación del vasallo de un señor y el solo hecho de entrar en relación de vasallaje significaba el ascenso al estamento noble.

44 R. Pernoud: *Les origines de la bourgeoisie*, Paris, 1956, p. 31 y ss. E.H. Kantorowicz, *Kingship under the Impact of Jurisprudence*, p. 154. La opinión se basaba en una interpretación errónea de un texto del *Corpus Iuris* (Cod., 12, 15).

45 Las Cortes de Monzón de 1553 se basan precisamente en los esfuerzos y gastos exigidos por los estudios, y no en la calidad de sacerdotes o caballeros de la Justicia, para conceder a los doctores en Derecho el *status* de hidalguía. *Vid.* el texto en: A. García-Gallo, Antología de fuentes del antiguo Derecho (t. II, de su Manual de Historia del Derecho español), Madrid, 1964, p.145.

Imperio, luego entre el rey y los estamentos. De los juristas se reclutan los jueces, los consejeros áulicos, los escribanos, los embajadores, los funcionarios reales o de los grandes señores y corporaciones (ninguna ciudad que se estimara dejaba de tener a su servicio uno o dos juristas)[46], y desde el s. XVI constituye la parte más importante de la capa superior del nuevo estamento profesional de los funcionarios, tan indisolublemente unido al desarrollo del Estado moderno[47]. En resumidas cuentas, el jurista pasa a formar parte de la élite política y social y en algún país como Francia, la magistratura –entendida en el lato sentido– da origen a una nueva especie de nobleza hereditaria: la nobleza de toga como cuerpo paralelo a la nobleza de espada.

Es interesante llamar la atención sobre otro fenómeno vinculado a la aplicación de un Derecho científico y a la correspondiente formación del estamento facultativo del jurista, fenómeno que cabe, quizá, considerar como uno de los orígenes remotos de la «independencia del poder judicial». Los juristas no solamente toman a su cargo la aplicación del Derecho, sino que pretenden monopolizarla incluso frente al rey en su carácter de juez originario. Es cierto que en la *praxis* la función judicial era cada vez menos ejercida efectivamente por el monarca. Los juristas comienzan por registrar la inhibición judicial de la persona del rey en tanto que una costumbre, acuñando para ello, como era normal en la época, las correspondientes fórmulas, como, por ejemplo: *Rex aut Imperator non cognoscunt in causis eorum*; pero en seguida racionalizan y elevan a principio la fáctica inhibición del rey fundándose en su falta de conocimientos jurídicos. Así, opina Cino de Pistoia, que la máxima de que el príncipe tiene *omnia iura in scrinio sui pectoris*, no debe entenderse literalmente, pues muchos emperadores ignoraban el Derecho, *et maxime hodie ignorant*, sino que se debe entender *in scrinio sui doctoris*, esto es, en su curia. Hacia 1300 escribe Andrea de Isernia que «raramente se encuentra a un príncipe que sea jurista», de donde se desprende que tenga que depender, incluso para el establecimiento de las leyes, de sus jurisperitos. Fortescue niega la capacidad del rey para inquirir puntos jurídicos precisos, pues la experiencia jurídica para juzgar

46 *Vid.* una nómina de juristas en puestos decisivos de la política en los siglos XIII y XIV, en: F.A. Heydte: *Die Geburtsstunde des souveränen Staates*, p. 157 y ss.

47 *Vid.* O. Hintze, «*Der Beamtenstand*» en *Soziologie und Geschichte*, Gotinga, 1964, pp. 86 y ss.

requiere, por lo menos, veinte años de estudios, por lo que es claro que el rey dará mejor juicio a través de los juristas que por sí mismo. Toda esta doctrina reconoce, por supuesto, que el rey es fuente de la justicia, centro ideal de imputación de los juicios y fundamento de su legitimidad, así como que los jueces sólo pueden actuar en su nombre, pero afirman, al mismo tiempo, que la administracion efectiva de la justicia les corresponde a los jueces letrados, puesto que son los únicos capaces de interpretar el Derecho y de analizar la realidad con los métodos del conocimiento jurídico.

Ya en la época moderna, es decir, fuera del ámbito temporal de este estudio, pero como consecuencia de ideas surgidas en él, la historia constitucional inglesa registra el enfrentamiento dramático entre la idea del rey-juez y la idea de que sólo los juristas pueden ser jueces: en 1608 y en una sesión de la Cámara Estrellada, el juez Coke le niega enérgicamente a Jacobo I, que contra la tradición asistía personalmente a la reunión de la Cámara, su capacidad para juzgar, dado que carecía de ciencia y técnica jurídica, episodio que constituye un importante eslabón entre la doctrina desarrollada en la baja Edad Media y la moderna doctrina de la independencia del poder judicial[48].

---

48 El día 6 de noviembre de 1608, la Cámara Estrellada debía ocuparse de un problema de competencia jurisdiccional. El trono o sillón real que tradicionalmente permanecía vacío fue ocupado por Jacobo I, partidario de que la cuestión debatida pasara a la jurisdicción eclesiástica, frente a la tesis de Coke de que competía a los tribunales del *common law*. El rey sostuvo, entre otras cosas, que los jueces del *common law* eran como los papistas que acotan la Escritura y pretenden que su interpretación sea incuestionable, y, apoyado por un consejero, recabó para sí el ejercicio de la facultad jurisdiccional. Coke sostuvo que, con arreglo a la ley y a la costumbre de Inglaterra, sólo podían juzgar los tribunales de justicia y que si bien el rey tenía (según los libros) derecho a sentarse en la Cámara Estrellada, lo era sólo para consultar a los jueces, no *in iudicio*. A la afirmación de Jacobo de que el rey «protege al *common law*», respondió Coke que «el *common law* protege al rey», tesis que el rey calificó de *traitorous speech*. Pero lo que interesa principalmente para nuestro objeto es que el rey opinó que «el Derecho se funda sobre la razón y que él y otros tienen tanta razón como [puedan tener] los jueces». A lo que respondió Coke que «es verdad que Dios había dotado a Su Majestad con excelente ciencia y grandes dones naturales. Pero Su Majestad no era letrado en el Derecho de este reino de Inglaterra; y las causas concernientes a la vida, o herencia, o bienes, o fortunas de sus súbditos no son para ser decididas por la razón natural, sino por la razón artificial y el juicio jurídico *(not... by natural Reason but by the artificial Reason and Judgment of Law)*, lo que requiere gran estudio y experiencia antes de que el hombre pueda alcanzar el conocimiento de ello». E. Coke, *Reports*, 65. *Vid.* C.D. Bowen, *The Lion and the Throne. The Life and Times of Sir Edward Coke*, Boston, 1956, pp. 302 y ss.

El jurista es, además, creador del Derecho en mayor o menor ámbito, y en una forma directa o indirecta, explícita o implícita. Durante la Edad Media y hasta entrada la Moderna, la glosa o el comentario de ciertos autores valía como Derecho positivo bien porque así fuera reconocido por los jueces, bien incluso porque lo establecía la ley. En cada etapa del desarrollo del estudio del Derecho durante la baja Edad Media encontramos fórmulas que recogen este principio con referencia a un autor o a una escuela como por ejemplo: *chi non ha Azo non vada a Palazzo*, refiriéndose a la *Summa de Azo* (m. 1220); *quidquid non agnoscit glossa, nec agnoscit Curia*, refiriéndose a la glosa ordinaria (*circa* 1250) de Accursio; *nemo iurista nisi bartolista*, pues las opiniones de Bartolo (1314-57) eran tenidas por ley en caso de silencio de ésta. Junto a las opiniones de los jurisconsultos son también muy importantes como fuentes de derechos los fallos de los jueces, especialmente para la formación del *common law*, que es fundamentalmente un Derecho elaborado por juristas. Prescindiendo de otras formas del «Derecho de juristas», éstos han tenido también una importancia de primer orden en la legislación. Durante la baja Edad Media son los juristas del Consejo Real los que preparan la legislación que se somete a la aprobación de la asamblea estamental, pero a medida que avanza el tiempo su influencia y función se hace cada vez más decisiva. En este sentido tienen, hasta cierto punto y dentro de ciertos matices, alcance general estas palabras de Piskorsky referidas a Castilla: el poder real «necesitaba de colaboradores que estuvieran fuera de los intereses de las clases [estamentos] y constituyesen el elemento social neutro. La corona los halló en los juristas. Después de la segunda mitad del siglo XIV [...] se esforzaron con éxito en el cumplimiento de su misión y poco a poco arrebataron a las Cortes su participación en la actividad legislativa»[49]. Y así se originó la función del jurista como preparador de las leyes, que ha durado hasta nuestros días.

2. LA CANCELACIÓN DE LA TENSIÓN ENTRE UNIVERSALISMO Y LOCALISMO: EL REINO COMO UNIDAD JURÍDICA

Hemos visto anteriormente cómo la alta Edad Media trans-

49 W. Piskorsky: Las Cortes de Castilla en el período de tránsito de la Edad Media a la Moderna, Barcelona, 1930, p. 132.

curre en una tensión entre universalismo y localismo que se hace también presente en las formas jurídicas. Pero a partir del siglo XIII se produce el paso hacia nuevas estructuras que no son ni universales ni locales y que cancelan la tensión antedicha para dar, por supuesto, lugar a otras tensiones.

A. La crisis de los poderes universales

En primer lugar, hay tanto un cambio de configuración como una quiebra de los poderes universales. En verdad que el hombre continua sintiéndose miembro de la Iglesia como comunidad universal, pero, de un lado, la Curia, después de la victoria pírrica sobre los herederos de Federico II, queda fuertemente quebrantada hasta el punto de pasar a situarse bajo la hegemonía no ya del Imperio, sino del reino de Francia. En lo que respecta al campo teórico, el naturalismo filosófico iniciado en el siglo XIII no solo sienta las bases teóricas de una sociedad política distinta de la religiosa, sino que, además, pone en cuestión el momento universalista de la sociedad política en cuanto que considera el reino parroquial o particular como una sociedad perfecta en el orden secular y que, por tanto, no necesita trascender hacia otra sociedad superior (en su orden). Además, a partir del siglo XIII decrece el patetismo de la pugna de la cristiandad con un poder universal antagónico, es decir, el Islam. Federico II, máxima dignidad del mundo cristiano, pacta en 1229 con los infieles en vez de adquirir por la fuerza el Santo Sepulcro; la reconquista española se estabiliza hasta el siglo XV y la cruzada de San Luis tiene carácter de empresa a la vez nostálgica y «nacional».

B. Nuevas formaciones socioculturales

Como consecuencia de la crisis de los poderes universales surgen favorecidos los reinos particulares o parroquiales. Pero a la consolidación de los reinos conspiran todavía otros factores que alteran los supuestos de la alta Edad Media y que se manifiestan en la formación de ciertas unidades culturales que ni son locales ni son universales. Así, la pluralidad dialectal tiende a ser sustituida por unidades lingüísticas de mayor ámbito, extendidas más o menos sobre lo que sería más tarde una región de un Estado nacional y que en el curso de los siglos XII y XIII comienzan a adquirir no solamente expresión literaria, sino también oficial o cuando menos oficiosa ya que se escriben en ellas importantes libros jurídicos como los

coutumiers franceses, el *Espejo de Sajonia* y las *Partidas* de Alfonso X el Sabio, por mencionar los ejemplos más significativos. El desarrollo lingüístico marca, pues, la formación de unidades intermedias entre la universalidad del latín y el localismo dialectal, pero señala también la adquisición de conciencia del idioma como vehículo cultural, político y jurídico de un pueblo. El paso de la economía a formas monetarias y de mercado desarrolladas al hilo del crecimiento de las ciudades no sólo produjo un mayor contacto entre las gentes, sino que expandió la economía local a economía territorial y promovió, dentro de este ámbito, el conjunto de relaciones sociales siempre implícito en el proceso económico. Por otra parte, las relaciones interpersonales y las muy intensas, pero limitadas, relaciones comunitarias de la época feudal dan paso a unas formas de socialización que culminan en la formación de los estamentos sociales, es decir, de grandes grupos que sirven a las necesidades básicas de la sociedad: el espíritu, la defensa y la producción de bienes materiales y cuyos miembros se sienten dotados de un común *status* por encima de sus situaciones particulares.

C. El reino[50]

Al hilo de estos cambios culturales y sociales, el poder real se consolida hacia el interior y el exterior y, en unión con otros factores a los que iremos aludiendo, da lugar a la nueva realidad política del reino como un círculo político que ni es universal ni es local y que cancela, por el momento, la tensión en el campo de las formas políticas entre universalismo y localismo.

Esta nueva forma histórico-política se constituye, de una parte, tomando para sí poderes y conceptos que antes se consideraban exclusivos del Imperio, y, de otra parte, tendiendo a unificar poderes antes dispersos en una pluralidad de señoríos e inmunidades de distinta especie. Dicho de otro modo: el reino se constituye a través de un doble proceso de expropiación a su favor de poderes, representaciones y pretensiones vinculadas al Imperio y, por tanto un poder universal, y de facultades jurisdiccionales, de inmunidades,

50 F.A. Heydte, *op. cit.*; O. Brunner, *Land und Herrschaft*. H. Beumann, *«Zur Entwicklung transpersonaler Staatsvorstellungen»*, en *Das Königtum*, Lindau, 1956; T. Mayer, *Die Ausbildung der Grundlagen des modernen deutschen Staates im hohen Mittelalter*; D. Gerhardt, *«Regionalismus und ständisches Wesen als ein Grundthema europäischer Geschichte»*, en la colección de trabajos *Herrschaft und Staat im Mittelalter*, Darmstadt, 1956.

potestad militar, etc., de los poderes locales, procediéndose a lo que en el lenguaje de nuestro tiempo llamaríamos «estatización» de la justicia, de la administración, de la fuerza armada, etc., de modo que en el socialismo de nuestro tiempo podríamos ver el fin de un proceso de «estatización» o de concentración de poderes difusos en un centro, proceso que comienza entre los siglos XIII y XVI.

Y así, en lo que respecta a su proyección exterior, el reino se siente parte de un pluriverso político compuesto de unidades del mismo género y, por tanto, tiende a no reconocer superior en lo temporal, siendo, así, contradictoria su existencia con la de un *imperium mundi*, y si bien es cierto que reconoce una *auctoritas* e incluso una *potestas indirecta* de la Iglesia, no es menos cierto que no está en general dispuesto a derivar su legitimidad de un poder extraño.

En cuanto al interior, comienza la disolución de la «mediatización», típica de la época feudal, entre el centro del reino (el rey) y la masa del pueblo, desplegada en la interposición toda la cadena de señoríos y subseñoríos; en cambio ahora, sin desaparecer del todo la «mediatización», tiende a ser sustituida por una relación directa a través de una serie de vías entre las que, hablando en términos generales, cabe contar como principales las siguientes: la conversión de todo vasallo en «hombre sólido» (*ligus*) del rey; la institución de la justicia real como instancia de apelación, la tendencia al monopolio de la alta justicia o «mero y mixto imperio» (vida y muerte) y, en general, a atraer a la jurisdicción real competencias que hasta entonces pertenecían a los señores seculares y eclesiásticos y, en fin, a la creación de un propio aparato administrativo, a lo que se añade la división del reino en distritos administrativos-judiciales superpuestos, pero no adaptados a los límites territoriales de los señoríos existentes.

Ya durante la época de la dispersión feudal el rey y su círculo conservaron –en medio del caos de las relaciones interpersonales característico del feudalismo– ciertas ideas o momentos transpersonales e institucionales como resonancias romanas, visigóticas o carolingias en las que se mostraba la conciencia de lo público, la conciencia de que más allá del localismo y de la privatización de poderes existía una entidad objetiva, una *respublica*, de que mas allá, incluso, de la vida personal del rey permanecía la entidad objetiva del reino, pues si *rex periit regnum remansit*, al igual que permanece la nave aunque caiga el piloto. Sin embargo, hasta el siglo XIII, tales concepciones apenas correspondían a la realidad. Ahora,

en cambio, no sólo empiezan a corresponderse, sino que se enriquecen con nuevas ideas y conceptos que significan la plena adquisición de conciencia de la nueva realidad histórica.

Así, mediante la traslación de conceptos eclesiásticos y la aplicación de los aristotélicos, esta nueva entidad es concebida como el «cuerpo místico de la república» o como «cuerpo moral y político» y que, por ser cuerpo, tiene una cabeza que es el rey y unos miembros que son los estamentos del reino. Estamos ya lejos de la idea patrimonial del poder político y de la unidad política como un complejo de relaciones interpersonales feudovasalláticas. La filosofía social de Santo Tomás de Aquino clarifica la conciencia de la nueva realidad histórico-política a través de tres ideas fundamentales: a) ninguna parte es concebible sin su articulación en un todo y, por consiguiente, la existencia social supone una articulación de hombres y de grupos que da origen a unidades sociales destinadas a satisfacer determinados ámbitos de necesidades; b) cada una de estas unidades posee un «bien común» que constituye su finalidad, distinto y superior, en su orden, al bien particular de los participantes; c) estas unidades parciales se integran entre sí constituyendo unidades superiores que satisfacen un ámbito cada vez más extenso de necesidades hasta llegar a la unidad del *regnum* o de la *civitas*, es decir, a entidades autárquicas o sibisuficientes, puesto que satisfacen el conjunto de las necesidades humanas temporales, y en las que, por tanto, alcanza su plenitud la vida terrenal del hombre. Tales tesis permiten el entendimiento de la realidad histórica, cultural y social de la época, fortalecen la idea de la autosustentación de esas entidades políticas históricamente concretas y justifican y exigen el sacrificio de los intereses particulares al bien común. En lo que se refiere al campo no tanto de las teorías cuanto de las ideas, surge en este tiempo la idea de *terra* o de patria, que ya no consiste en la afección o adhesión al lugar en que se ha nacido o en el que se vive, o bien a la *patria coelestis*, o a Roma la «patria común» –formas en que se manifestaba la idea de patria en la alta Edad Media–, sino en un deber de lealtad a la unidad existencial formada por la vinculación de unos hombres concretos y una tierra concreta espacialmente coincidente con el territorio de un reino. A la lealtad a Dios, al rey y al señor, propia de la época anterior, se une ahora la lealtad al cuerpo de la patria, que, en caso de colisión, alcanza primacía sobre la lealtad al señor. Quien muere por la patria muere por la caridad, puesto que muere por el bien de sus hermanos e imita el sacrificio de Cristo; Bartolo desarrolla la idea de una *caritas publi-*

ca en virtud de la que todos, sin distinción de rangos ni privilegios, están obligados a defender a la patria y a la que han de someter sus intereses privados. Y así, por la apropiación de ideas y representaciones eclesiásticas, surge la conciencia política de patria[51].

D. La tendencia a la unificación del orden jurídico del reino

Estos cambios de estructura se manifiestan también en una mutación en la ordenación jurídica consistente en la cancelación de la tensión entre universalismo y localismo jurídicos, para dar origen a unos círculos coincidentes con el ámbito espacial de un reino no sólo en cuanto a la tendencia a homogeneizar el contenido de sus normas, sino también en cuanto a la afirmación implícita o explícita de que el origen del orden jurídico o, para decirlo de otro modo, la norma jurídica fundamental, no se encuentra ni en un poder universal ni en una pluralidad abigarrada de derechos subjetivos, sino en el conjunto del reino y, dentro de éste, en un centro, sea la persona individual del rey, sea la corporación o cuerpo místico formada por el rey y los estamentos o por la vinculación de los derechos subjetivos de ambos. Pues, en efecto, si el reino se constituye iuscéntricamente, es en él mismo donde hay que buscar el centro de irradiación de las normas.

Dentro de la tendencia a la formación de un orden jurídico común, cabe distinguir entre la llevada a cabo espontáneamente y sin pretender crear un Derecho nuevo, sino más bien concordar el antiguo, y la que pretende crear un Derecho nuevo que, por emanar del rey, o del rey y de los estamentos, es válido para todo el reino. La primera tendencia de las mencionadas se manifiesta en la literatura de los *coutumiers* o «libros de Derecho», en los que se recoge por escrito el Derecho consuetudinario general a una región o a las regiones vecinas, pero cuya validez se extiende, a veces, a todo un reino como Derecho común, o inversamente se complementa el Derecho de una región con el Derecho común del reino[52]. Se trata de

---

51 E.H. Kantorowicz: *«Pro Patria Mori in Medieval Political Thought»* en *American Historical Review*, vol. LVI, 3 (1951); el mismo: *Two Bodies*, p. 232 y ss.; G. Post: *«Two Notes on Nationalism in the Middle Ages»* en *Traditio*, IX (1953), p. 281 y ss.; el mismo: *«Blessed Lady Spain»* en *Speculum* XXIX (1954). Para España, *vid.* J.A. Maravall, «Del régimen feudal al régimen corporativo», en *op. cit.*

52 Como expresivo vale este texto del prólogo de Philippe de Remi, señor de Beaumanoir (1250-1296) a su obra *Coutumes de Beauvaisis* (ed. Moderna, Paris, 1899-1900): *«Nous entendons à confermer grande partie de cest livre par les jugements*

una literatura que, aun teniendo como intención aparente registrar las costumbres de una región o de un país, no deja de introducir modificaciones en el Derecho vigente, destinadas a la homogeneización de sus contenidos, fuera por implicaciones o deducciones de las normas existentes, fuera integrando en el Derecho de un lugar normas de círculos jurídicos extraños. Mención especial merecen las obras de Glanvill (último tercio del siglo XI) y Bracton (mitad del siglo XII), en las que con técnica romanista se recoge y sistematiza el Derecho común de Inglaterra[53]. Otra tendencia hacia la formación de un Derecho general para todo el reino se muestra en las Cartas Generales, como el Fuero de León de 1180, la Carta Magna inglesa, la Bula de Oro húngara de 1222, etc. Aunque extendidas a todo el reino o, para ser más precisos, a sus estamentos políticos, estas Cartas no pretendían establecer un Derecho nuevo, sino todo lo contrario: fijar, con la certeza de lo escrito, el reconocimiento de antiguas libertades o privilegios, o concesiones hechas por el rey de algunos de sus Derechos subjetivos a los estamentos, a cambio de servicios o como resultado de presiones.

Sin embargo, aunque las formas antedichas muestran una tendencia a la constitución de círculos jurídicos homogéneos y coincidentes con el espacio de un reino, no pasan de ser una adaptación de las antiguas concepciones jurídicas a las nuevas necesidades; significan ciertamente una nueva dirección jurídica, pero todavía a remolque de las situaciones, todavía se muestra en ellas la «cosificación» del Derecho típica de la alta Edad Media frente a su «objetivación», típica del mundo moderno. El paso a las nuevas formas y la inversión de la perspectiva jurídica tuvo lugar fundamentalmente como consecuencia de la unidad de un hecho cultural: la renovación del Derecho romano, y de un hecho político: la afirmación del poder real frente al exterior y al interior. Ambos hechos se resumen en una particularización del espíritu universalista del Derecho romano. Veamos lo que esto significa.

---

qui ont ést fet en nous tans en ladite contée de Clermont; et l'autre partie par clers usages et par clers coustumes usées ete acoustumes de lonc tans pesiblements et l'autre partie, des cas douteus eu ladite contée, par le jugement des châteliers vousnes et l'autre partie par le droit qui est communs a tous on royaume», en: P. Vinogradoff, *op. cit.*, p. 140.

53 También cabría incluir, dentro de esta tendencia hacia la homogeneización del Derecho, la aplicación a ámbitos espaciales más amplios, aunque no a todo un reino, de regulaciones jurídicas originariamente locales.

E. El Derecho romano y los reinos

Los reinos particulares comenzaron negando la tesis de la validez universal del Derecho romano, ya que ello conllevaba implícita o explícitamente su sumisión al Sacro Imperio, pues, según los glosadores, el *vivere secundum legem romanam* era signo de la pertenencia al Imperio. Especialmente los reinos hispánicos, Francia e Inglaterra resistieron enérgicamente la vigencia del Derecho romano en sus territorios basados en que estaban exentos de la autoridad del Imperio y en que poseían su propio y buen Derecho. Así, según Vincentius Hispanicus, los españoles no dependen del Imperio, pues han ganado su propio imperio por su solo valor, siendo notorio que todos los sitios que los españoles gobiernan como dueños y señores de la Santa Señora España que han adquirido por su valor y probidad, por sus méritos y por su obra, y no por un cuerpo de preceptos o de costumbres; no necesita España de leyes extrañas, pues ella misma es sabia en Derecho y está colocada sobre sublimes pilares[54]. Según Lorenzo Hispánico: «Cada reino puede darse leyes a sí mismo y, por eso, los españoles y los franceses no están vinculados por las leyes romanas». Oldradus de Ponte dice (erróneamente) que los españoles han determinado que quien alegue en un juicio leyes romanas es condenado a muerte, pues del reconocimiento de tales leyes se deriva una cierta *superioritas* del Imperio. Los legistas franceses mantienen

---

54 Como el texto es importante en más de un aspecto y no muy conocido, lo reproducimos *in extenso* a continuación: «[...] *Io (hannes) theutonice, excipe ipso iure exemptos Yspanos, qui karolum non admiserunt, nec eius pares. Sed ego Vincentius dico, quod theutonici per busnardiam perdiderunt imperium[...] Quodlibet enim thigurium sibi usurpat dominum, et quelibet civitas de dominio cum eis contendit. Sed soli Yspani virtute sua obtinuerunt imperium et episcopos elegerunt, lxiij.d.cum longe. Nonne in francia et in anglia et in theotonica et in Constatinopoli Yspani dominatur beate domine Yspanie, qui dominium, pariunt, et dominantes audacie et probitatis virtutibus expandunt. Iuvantur esrgo Yspani meritis et probitate, nec indigent corpore prescriptionum vel consuetudinum sicut theotonici. Quis valeat numerare, Yspania laudes tuas? / Divis equis, preclara cibis auroque refulgens, / Parca fuge, prudens et cunctis invidiosa, / Iura sciens, et stans sublimibus alta columpnis*». Vid. G. Post: *Two Notes*, p. 308 y *Blessed Lady*, p. 206 y s; Vicentius (m. 1248) era español, famoso por su ciencia canónica y, al parecer, por su carácter irascible. Las palabras citadas son una muestra de la politización de la idea de patria a la que aludimos en el texto y de la idea de que el Derecho se gana con los hechos realizados y de que, por tanto, un Derecho subjetivo así logrado tiene validez objetiva. Vicentius enseñaba en Bolonia y no sólo amaba recordar a España, sino también defenderla jurídicamente sin temer la desfavorable reacción del papa. Fue canciller de Sancho II en 1226 y acabó sus días de obispo llamándose humildemente *episcoporum Hispaniae minimus* (S. Mochi Onory: *Fonti canonistiche dell'idea Moderna dello Stato*, Milano, 1951).

la tesis, que se extiende a otros países, de que si el Derecho romano rige en algunas partes de Francia, lo es en virtud de la costumbre o de sus cualidades intrínsecas, es decir, no como *ius scriptum*, sino como *ratio scripta*, no *ratio imperii*, sino *ratio rationis*, y Gerardo de Abbeville (1260) argumentará que David, rey arquetípico, no estaba sujeto al Derecho romano. Por lo demás, el rey de Francia obtiene del papa Honorio III en 1219 que vede a los maestros de París enseñar el *Corpus Iuris*; en Inglaterra se impide a Vacarius en 1151 toda actividad docente, y Enrique III prohibe la enseñanza del Derecho romano en Londres, por no citar más que algunos ejemplos.

Sin embargo, el Derecho romano, por sus cualidades intrínsecas, era un instrumento de primer orden para la formación de unidades políticas firmes y consolidadas. Ante todo, se trataba de un sistema jurídico no sólo ya hecho, sino, además, aclarado por la obra de los glosadores y comentaristas; de un Derecho dotado de plenitud y de enorme prestigio científico y al que se considera como la razón escrita y, por tanto, si pudiera ser aplicado a cada reino, ofrecería la posibilidad de crear sin gran esfuerzo un orden jurídico racionalizado integrado en un centro; en verdad que no podían aplicarse la totalidad de sus normas, sino que era preciso seleccionarlas y, recogiendo el espíritu general, armonizarlas con las circunstancias y los Derechos existentes en cada país, tal como había mostrado el *mos italicum*. Pero, además, el Derecho romano ponía en manos del rey considerables atribuciones destinadas a afirmar su poder. Así, la *lex de imperio* le otorgaba la plenitud del poder legislativo en el que se incluía tanto la facultad de dar las leyes como su corolario de la no sujeción del monarca al Derecho positivo (*legibus solutus*)[55]; la *lex iulia majestatis*

55 Sin embargo, la *lex imperium* o *lex regia* –que afirmaba que la voluntad del príncipe tiene vigor de ley, pues el pueblo le había transferido el *imperium*– no siempre fue interpretada unívocamente a favor del emperador o de los reyes. Ya en la Querella de las Investiduras se discute si tal transferencia de *imperium* era irrevocable (tesis imperial) o revocable (tesis curialista). Además, basándose en dicha ley los habitantes de Roma pretenden ante Federico I Barbarroja que sólo ellos podían otorgar el imperio (*vid.* sobre este curioso episodio mi libro «Mitos y símbolos políticos», pp. 959 y 965, vol. I de las Obras Completas) y en 1329 Luis de Baviera recibe efectivamente la Corona imperial del Senado y el pueblo de la ciudad de Roma (lo que en aquel momento no le fue posible obtenerla del papa). La fórmula con referencia al pueblo fue explotada por todos los partidos en pugna durante la Edad Media: por el papa contra el emperador, por el emperador contra el papa, por las oligarquías romanas contra ambos, por el rey contra los estamentos, por los estamentos contra el rey. Pero en lo que se refiere al continente, acabó triunfando la interpretación absolutista.

autorizaba a castigar con la muerte la rebelión contra el rey; el *Corpus Iuris* otorgaba también la facultad de establecer impuestos, así como las regalías o derechos mayestáticos, entre los que se encontraban importantes atribuciones económicas, como los monopolios de moneda, minas, cursos de agua, etc.

Tales eran, pues, los términos del problema: de un lado, el Derecho romano estaba reservado al emperador, de modo que el reconocimiento de su vigencia podía interpretarse como una aceptación de la sumisión al Imperio; pero, de otro lado, era un *instrumentum regni* de decisiva importancia. El problema fue resuelto con una afortunada fórmula: el rey que no reconoce superior en lo temporal, y que, por tanto, está exento de la sumisión a la autoridad del Imperio, *est imperator in regno suo*, es decir, posee, dentro del ámbito de su reino, las atribuciones del emperador[56]. La fórmula es contrapunto de la idea de que el poder del Imperio, antes universal, ha sido fraccionado en distintos reinos. Ya desde fines del siglo XII los canonistas, a

---

También fue discutido o, cuando menos, objeto de aclaración, el principio de que el rey estaba desligado de la obediencia a la ley, ya que parecía entrar en tensión con un precepto del *Corpus Iuris* (Cod., I, 14, 4) que decía ser digno de la majestad imperial someterse a la ley, puesto que su autoridad se basaba en la de la ley. La polémica en torno a la armonización o relativa validez de ambas normas se encontró en ciertas ocasiones muy ligada a la pugna entre el Derecho antiguo o de la costumbre y el Derecho nuevo. Federico II incluye en sus Constituciones de Melfi ambos principios: el del *princeps legibus solutus* y el del *princeps legibus alligatus*, aunque en la práctica afirmó, desde luego, el primero, y acuña la fórmula, quizá destinada a cancelar teóricamente la tensión, de que el emperador «ha de ser el padre y el hijo, el señor y el siervo de la Justicia» (*vid.* mi libro, «Federico II de Suabia...», p. 1141, vol I, de las Obras Completas). Santo Tomás (S. Th., II, II.ª, q. XCVI, a 5) dice que el príncipe es *legibus solutus* con respecto a la *vis coactiva* (sólo él puede dar la ley positiva), pero está vinculado a la *vis directiva* del Derecho natural. Otra tendencia afirma, también basándose en textos del *Corpus Iuris*, que el príncipe debe someterse a la ley, salvo en caso de necesidad o de utilidad públicas (*vid.* G. Post, «*Ratio publicae utilitatis*», incluido en *Studies in Medieval Legal Thought*, Princeton, 1964, pp. 241 y ss.).

56 Sobre el alcance de la fórmula en cuestión hay dos tesis: a) la de Gierke, Calasso y Wolf que mantienen que la fórmula, al menos hasta últimos del siglo XIII, no significa plena independencia del emperador, sino que el rey, dentro de su reino, –que no es feudo, sino alodio del Imperio o una corporación autónoma–, es superior a cualquier otro y ejerce unos derechos públicos limitados o delegados; b) la de Ercole y Mochi Onory, según la cual, la fórmula implica la completa independencia del Imperio. G. Post concluye, con razón, que la interpretación de la fórmula varía no sólo de unos autores a otros, sino también de unos a otros pueblos, pero en todo caso, su sentido ha sido el de mantener la idea de un reino independiente del Imperio (Post: *Two Notes*, p. 319 y s.). Sobre Alfonso X y la sustancia de la fórmula, *vid.* J.A. Maravall, «Del régimen feudal al régimen corporativo en el pensamiento de Alfonso X», en Bol. de la Academia de la Historia, CLVII, cud. II, pp. 227 y ss.

fin de exaltar la universalidad de la Iglesia a costa del Imperio, habían mantenido la tesis de que la división de reinos en los que cada rey tiene los poderes de emperador es una institución de Derecho de gentes sancionada por el papa, aunque por el antiguo *ius gentium* estuvieran sujetos al emperador[57]. A comienzos del siglo XIV escribe Juan de Leyden: *scisum est imperium hodie* y, por tanto, *quolibet est in patria sua imperator*: roto está el Imperio y cada cual es emperador en su patria; «hoy día el Imperio, por permiso de Dios –dice Juan Faure (*circa* 1340)– está dividido y otros reyes o príncipes están, al igual que el emperador, puestos sobre los pueblos[58]. La fórmula expresa, pues, por un lado, la liberación de ciertos reyes de la autoridad del emperador y, por otro, la asunción por el rey de los poderes y derechos mayestáticos asignados por el Derecho romano al emperador, con la diferencia, sin embargo, de que en el emperador era poco más que ornato, dado que la inmensidad del espacio del Imperio y la carencia de medios técnicos para dar efectividad al poder reivindicado hacían imposible intentar seriamente su vigencia, lo que, en cambio, sí podía intentar el rey para el espacio de su reino. En todo caso, la apropiación de las ideas romanistas por parte del rey contribuyó a cambiar la imagen y la función de éste, que se transforma así de rey-juez en rey-legislador, con lo que comienza a manifestarse la idea de un Derecho estatal de validez general y dotado de primacía frente al Derecho consuetudinario.

Sin embargo, se trataba tan solamente de una idea, de una «idea-ocurrencia», que entraba en contradicción con otra «idea-creencia» (en el sentido de Ortega) enraizada en la tradición y según la cual el Derecho era una preciosa posesión de la comunidad que no podía ser alterada por la sola voluntad del rey, idea, por otra parte, destinada a garantizar y defender los derechos adquiridos bajo el orden antiguo y puestos en riesgo por las nuevas corrientes jurídicas.

F. La fórmula *quod omnes tangit* y la constitución estamental

Tal idea se expresó también en una fórmula jurídica: *quod omnes tangit ab omnibus debet comprobari*, o *ab omnibus*

57 S. Mochi Onory: *op. cit.*, p. 24 y ss.; y 227 y ss.; y G. Post: *Blessed Lady*, p. 199.

58 F.A. Heydte: *Die Geburtsstunde des souveränen Staates*, p. 94 y ss. G. Post: *Two Notes*, p. 316. E. Kantorowicz: *Two Bodies*, p. 248.

approbetur, lo que a todos atañe debe ser aprobado por todos[59], fórmula originada en una norma del Derecho privado romano referida a la tutela y que un fragmento atribuido a Paulo extiende al Derecho procesal. A través de los canonistas, la fórmula toma naturaleza jurídico-pública y se extiende rápidamente al Derecho, a la teoría y a la *praxis* política de todos los países. Se la encuentra en Alemania con ocasión de la convocatoria de la Dieta del Imperio en 1274. Bajo Enrique III y Eduardo I se convierte en uno de los principios del Derecho público inglés. Se alude a ella en Francia por Felipe el Hermoso. Corría entre los florentinos del siglo XIII, siendo constantemente invocada en las discusiones públicas. En 1298 se la incorpora a las Decretales de Bonifacio VIII adquiriendo con ello la sanción y la validez universal del Derecho canónico. No son menos numerosos los testimonios de su presencia en la literatura de la época: se la encuentra, así, entre otros, en un libro de autor anónimo (*Oculus pastoralis*) redactado en Florencia hacia 1240; en Juan de Viterbo,

---

59 Sobre la fórmula en cuestión y su desarrollo: P.S. Leicht: «*Un principio politico medievale*» en *Scritti vari di Storia del Diritto italiano*, Milán, 1943, vol. I, p. 129 y ss.: A. Marongiu: *L'istituto parlamentario en Italia dall origine al 1500*, Roma (1959) p. 65 y ss.; G. Post, *A Romano-canonical Maxim, Quod omnes tangit, in Bracton and in Early Parliaments*, publicada primero en *Traditio* IV (1946) y recogida después en la colección de estudios antes citados, pp. 163 y ss. Respecto a la fórmula en España, *vid.* J.A. Maravall, La corriente democrática medieval en España y la fórmula «*quod omnes tangit*», recogido en la colección de escritos *cit.*, pp. 159 y ss. Pero interesa precisar el alcance real de la fórmula. La fórmula *q. o. t.* no introduce un principio político nuevo, lo único que hace es legitimar jurídicamente –apoyándose en el carácter arquetípico del Derecho romano– un principio ya practicado en la época anterior que, en Italia, podía originarse en tradiciones clásicas conservadas en las ciudades y que, fuera de Italia, tenía su origen en el sistema de lealtades feudales y en la concepción del Derecho como un patrimonio de la comunidad. Por lo demás, desde el punto de vista jurídico-político, *omnes* no significaba simplemente todos, sino todos los estamentos o grupos positivamente privilegiados. Consecuentemente, la fórmula puede ser tanto democrática como oligárquica, y en la baja Edad Media era más lo segundo que lo primero, con excepción, quizá, de su uso en algún período convulsivo de las *comunas* italianas. Por otra parte, el «consejo», propiamente dicho, cae fuera de la fórmula y, sobre todo, del espíritu de la fórmula *q. o. t.* La característica de ella, tanto en el Derecho romano como en el canónico, así como en la literatura política y en el «Derecho constitucional» de la época, era, de un lado, que hubiera un interés conjunto afectado: *tangere* era allí tanto como tocar, interesar, afectar, concernir, pertenecer (*vid.* G. Post, *op. cit.*, p. 222), y la máxima es precisamente invocada en defensa de ese derecho, y, de otro lado, que no conducía simplemente a la obtención de una opinión o de un consejo, sino a la toma de una decisión por todos los afectados o, cuando se trata de una corporación, por la mayoría o la *sanior pars* de ella. Ni la democracia ni el consejo tienen *en sí* nada que ver con esta fórmula.

Álvaro Pelayo, Leopoldo de Bamberga, Bracton, Alfonso el Sabio, Marsilio de Padua, el canciller Ayala, etc.

Esta fórmula, lo mismo que sus análogas *nihil novi sine nobis* y *nihil de nobis sine nobis*, condensa la pretensión de los estamentos políticos a que toda modificación del orden jurídico contara con su asentimiento. Los estamentos reconocían ciertamente que era preciso crear Derecho, pues el dinamismo que se hace sentir en la baja Edad Media no permitía satisfacerse con la formación espontánea del Derecho y con el mero «descubrimiento» de sus normas, sino que, dentro de ciertos límites, era preciso «inventarlo», o, cuando menos, «sistematizarlo», pero siendo el Derecho un patrimonio de la comunidad y de cada uno de sus miembros, no puede ser modificado sin el asentimiento de los *meliores et mayores terrae* –en general, los grupos privilegiados del clero, nobleza y estado llano–, en los que se hace presente la comunidad del país; siendo el reino un «cuerpo místico político o civil» cuya cabeza es el rey y cuyos miembros son los estamentos, siendo, por tanto, imposible el reino sin el rey y el rey sin el reino, es claro que nada sustancial puede decidir el uno sin el otro. Y así surge la típica forma política de la baja Edad Media, es decir, la constitución estamental, con arreglo a la cual corresponde al rey establecer ciertas normas jurídicas (que a veces toman el nombre de pragmáticas, ordenanzas, etc.) concebidas más como aplicación del Derecho establecido que como creación de un nuevo Derecho y que, en todo caso, no deben alterar sustancialmente el orden jurídico vigente. Cuando, por el contrario, se trate de medidas jurídicas que alteren sustancialmente tal orden (que frecuentemente tomaban el nombre de Leyes, Cartas Generales, Estatutos o Constituciones), su establecimiento exige el asentimiento y consejo, tras previa deliberación, de los estamentos.

En principio, en la constitución estamental se encuentran frente a frente dos derechos subjetivos: la prerrogativa del rey y los privilegios del reino (términos todavía actualmente usados y formalmente válidos en el Derecho constitucional inglés) y, por consiguiente, las leyes de carácter general tendían a tomar la forma de pacto (considerando a esta figura jurídica en su acepción lata). Pero de acuerdo con el concepto de «cuerpo místico», con la tendencia a la transpersonalización del orden político, etc., se abre paso la idea de que las leyes son dadas por decisión de una corporación formada por el rey y por los estamentos reunidos en asamblea. A esta unidad corporativa, compuesta necesariamente por *rex* y *regnum*, se le da el nombre de Cor-

tes, Parlamento, Estados Generales, Dieta, etc. Todavía hoy, igual que en el siglo XIV, el rey de Inglaterra es «cabeza, principio y fin del Parlamento», que se convierte en una asamblea facciosa sin el rey, y el mismo principio que rige actualmente en Inglaterra regía entonces en todos los reinos (salvo en situaciones revolucionarias); todavía hoy las leyes inglesas se promulgan con una fórmula sensiblemente igual a la consolidada en el siglo XIV, que decía: «El rey, nuestro soberano señor..., en su parlamento tenido en Westminster... con el asentimiento de los lores espirituales y temporales, y de los comunes reunidos en dicho Parlamento, ha hecho ciertos estatutos y ordenanzas de la manera y forma siguiente»[60], fórmula expresiva de que las leyes son dadas, en efecto, por el *corpus* formado por el rey y el reino. Con ello ha surgido la idea de una instancia origen de todo el Derecho del país y unificadora, por tanto, de su orden jurídico, de manera que su norma primaria rezaría: es Derecho válido lo acordado por el rey y los estamentos políticos y frente a cuyas decisiones no puede valer, en principio, ninguna otra norma ni ningún derecho subjetivo. Pero, en la realidad de las cosas, los estamentos se orientan constantemente a defender las libertades y privilegios establecidos frente al nuevo Derecho. Y así la constitución estamental está presidida por la tensión entre la idea de corporación, en la que se articulan el rey y los estamentos, y la de dos derechos subjetivos en relación de oposición y frecuentemente de conflicto. O, dicho de otro modo, entre la idea comunitaria y la societaria, o entre una relación de inordinación y una relación de coordinación, pero capaz de transformarse en oposición y, finalmente, en conflicto.

3. CREACIÓN ESPONTÁNEA Y CREACIÓN ARTIFICIAL DEL DERECHO (COSTUMBRE Y LEY)

En la época anterior el Derecho emergía directamente de la realidad social sin necesidad de un proceso de formación consciente. Ni siquiera allí donde la necesidad histórica exigía crear un nuevo orden jurídico se recurría a un patrón racional, como lo muestra el caso, antes mencionado, del nuevo reino de Jerusalén, cuyo orden jurídico se constituyó recurriendo al «buen Derecho viejo» de los países de los cruzados. Supuesta su adecuación a las normas divinas

60 F.W. Maitland: *The Constitutional History of England*, Cambridge, 1950, p. 184.

y naturales, no necesitaba otra justificación que su existencia tradicional, pues, como dice Hans Reichel, «el Derecho consuetudinario vale porque existe»[61]. En cambio, el Derecho legal supone un acto de voluntad, una decisión y una justificación racional en el doble sentido de su adecuación a la justicia y a los objetivos concretos planteados; el Derecho, para decirlo con una expresión de los juristas del siglo XIII, era *voluntas ratione regulata*, la voluntad (del príncipe) dirigida por la razón. Aquél, el Derecho de la alta Edad Media, constituía una esfera indiferenciada del resto de la sociedad, generado y conservado por unos poderes difusos a través del todo social, y configurado capitalmente en formas genéricamente sociales como el hábito, el uso y la costumbre. En cambio, este nuevo Derecho, cuyas vanguardias aparecen en la baja Edad Media, tiende a constituirse como una esfera rigurosamente diferenciada (que no es lo mismo que separada) del resto de la realidad social; tal Derecho no es generado y conservado por unos poderes difusos, sino establecido y mantenido por un poder concreto resultado de la condensación en un centro de la anterior pluralidad de poderes, por un poder, por tanto, no inmerso en la sociedad, sino destacado de ella y a la que superpone su propio orden; y, finalmente, esta nueva normatividad se expresa en la forma específicamente jurídica e imperativa de la ley.

Las consecuencias de esta tendencia no se harían patentes hasta la afirmación de la moderna teoría de la soberanía. En unos textos de Bodino citados anteriormente hemos visto cómo el poder soberano, es decir, el poder de dar y anular las leyes, es el unificador de las partes componentes de la sociedad. Pero antes del absolutismo se desarrolla el período de la constitución estamental o de tensión entre las nuevas y las antiguas tendencias. No cabe todavía hablar de un Estado distinto de la sociedad, y ello por la sencilla razón de que los poderes sociales, es decir, los estamentos superiores, los *maiores et meliores terrae* son, *per se*, sin necesidad de una

61 H. Reichel, cit. por H. Fehr: *Die Tragik im Recht*, p. 102. Su misma existencia implica, como más arriba hemos visto (en cuanto no niegue el Derecho divino y natural), su racionalidad y justicia. En el Fuero Juzgo (I, 1, 1) se dice que el Derecho no debe ser hecho por semejanza, sino por verdad; no por sutileza de silogismos, ni por disputa, sino por buenos y honestos mandamientos, «en las cosas que no son conocidas debe el hombre sutilizar para conocerlas y para saberlas, mas en las cosas que el hombre tiene ante sí debe el hombre hacer según aquello que demuestra la forma», de donde, «en la cosa que el hombre tiene y es usada no debe el hombre pesquisar otra razón, sino hacer la obra que viere».

investidura específica, poderes políticos. Sobre estos supuestos, la nueva imagen jurídica se caracteriza por un compromiso entre la idea moderna y la idea tradicional del Derecho, compromiso que se manifiesta en que:

A. La fuente de las nuevas normas no es ni la sola voluntad del rey ni tampoco la de la comunidad, sino la unidad corporativa integrada por el rey y los estamentos políticos: *la ley de la terre est fait en parlament par le roy et les seigneures espirituels et temporels et tout la communalte du royailme*, dice un temprano texto constitucional inglés.

B. El Derecho tiende a racionalizarse, ya que es establecido, mediante un acto consciente y calculado, tras previa deliberación de la asamblea estamental en la que se discute su adaptación a la justicia, su eficacia para lograr los fines propuestos y la comparación entre lo ganado por las nuevas formas y la pérdida de privilegios que en cada caso puedan implicar; pero esta tendencia a la racionalización tiene una doble limitación:

a) En cuanto que los estamentos defienden, hasta donde se lo permite la argumentación lógica o la intensidad de la presión que son capaces de ejercer sobre el rey, la pervivencia de las antiguas formas o, lo que es lo mismo, la costumbre frente a la ley, manteniendo que aquélla tiene igual rango cuando no superior a ésta (al revés de lo que sucede cuando triunfa plenamente el Derecho legal); y,

b) En cuanto que los «cuerpos de Derecho» u «ordenamientos jurídicos» de la baja Edad Media en buena medida no significan otra cosa que una recopilación, con sistemática más o menos feliz, del Derecho consuetudinario y su correspondiente sistema de privilegios, es decir, una racionalización de la realidad jurídica existente más que una creación racional del Derecho.

Tal fue, pues, la vía media entre la vieja y la nueva idea del Derecho, vía media que se genera, a la vez que es producto, de ciertas tensiones en la vida jurídica que pasamos a examinar.

4. LA TENSIÓN ENTRE EL VIEJO Y EL NUEVO DERECHO

La primera de las tensiones generadas por esa situación es la que se da entre el viejo y el nuevo Derecho, expresada, de un lado, en

la pretensión legisladora de los reyes y en la tendencia a la general aplicación del Derecho romano y, de otro, en la correlativa resistencia de los afectados en sus intereses por el Derecho nuevo.

Así como pertenece a la lógica del Derecho consuetudinario el primado del Derecho antiguo sobre el nuevo, así pertenece a la lógica del Derecho legal la afirmación de la primacía del Derecho nuevo sobre el viejo, es decir, la anulación de la norma anterior por la norma posterior, pues nada existente puede resistir a la prueba de la *ratio*. De este modo, en las Constituciones de Melfi encontramos el siguiente texto de espíritu completamente moderno y conclusión lógica de la nueva idea jurídica: «Quedan abolidas [...] las leyes y costumbres contrarias a estas Constituciones por antiguas que sean»[62] y a través de su texto se insiste constantemente en que se crea nuevo Derecho, dado que por su mayor racionalidad es superior al antiguo. En las *Partidas* se dice que «*las leyes hechas de nuevo valen tanto como las primeras* [las hasta entonces vigentes] *o más, porque las primeras hanlas usado los hombres tan luengo tiempo que son como envejecidas y por el uso de cada día reciben enojo de ellas. Y otrosí porque los hombres naturalmente codician oír y saber y ver cosas nuevas*» (I, I, 19). Es realmente significativo encontrar en el siglo XIII un texto tan en el «espíritu moderno», ansioso de novedad. Según Bartolo «el Derecho civil puede mudarse por una ley y ser abrogado totalmente de principio a fin» y el Derecho civil, de acuerdo con la tesis de los romanistas, tiene primacía sobre la costumbre. Por otra parte, los juristas trataban de introducir el Derecho romano bien como «Derecho común», bien por otro procedimiento, pero, como hemos visto, aunque el *ius civile* es la razón escrita, puede modificarse en cuanto se estime que deje de serlo.

Aludimos más atrás a la unidad existencial sentida por la comunidad entre ella misma y su Derecho, de la que derivaba la firme oposición a la primacía del Derecho nuevo[63]. En una especie

62 Const. de Melfi. Proe. Es cierto que algunos ordenamientos legales anteriores establecen también la exclusión de otras normas, como por ejemplo, el *Fuero Real* de España: «Que todos los pleitos sean juzgados por las leyes de este libro [...] y si alguno adujere otro libro de otras leyes en juicio para razonar o para juzgar por él peche quinientos sueldos al rey, pero si algunos razonare ley que acuerde con las de este libro y las ayude lo puede hacer y no tenga pena» (I,VI,V), pero se trata de un cuerpo legal que en realidad recoge y armoniza el Derecho existente.

63 *Vid.* las obras citadas de O. Brunner, p. 133 y ss.; P. Vinogradoff, p. 132; H. Liermann, p. 16 y ss.; H. Fehr, p. 36 y ss.

de auto sacramental del siglo XII, interesante en más de un aspecto[64], en el *Ludus de Anticristo* se hace decir al Anticristo (de acuerdo con la tesis de que el buen Derecho viejo es el Derecho de Dios): *Deponant vetera, nova iura dictabus.* En Alemania se acuña el proverbio: *die Juristen sind böse Christien*, los juristas son malos cristianos. Por todas partes se protesta contra las novedades «extrañas», «nunca vistas ni oídas», y cuando se quiere elogiar a un rey se dice que renovó los derechos antiguos, o, por el contrario, se habla en son de crítica de *nuestras cartas, e nuestros buenos usos, e nuestras buenas costumbres, e nuestras libertades que hobiemos en tiempo de los otros reyes cuando los meyor hobiemos*[65]. La primacía del Derecho nuevo sobre el viejo no sólo contradecía un ideal jurídico, sino también los derechos adquiridos dentro del orden hasta entonces indiscutiblemente vigente, y especialmente, aunque por motivos distintos, a la vida jurídica de los campesinos y de la nobleza. El antiguo orden jurídico permitía a los campesinos ciertos aprovechamientos en las propiedades de los señores, como, por ejemplo, el derecho de pesca, de caza o de leña en determinadas circunstancias; en cambio, el nuevo derecho de propiedad de inspiración romanista elimina, en principio, todo aprovechamiento de la propiedad ajena, ya que la configura como derecho pleno y excluyente. Las antiguas formas procesales eran, sin duda, inseguras, pero de decisión rápida; el nuevo proceso era, sin duda, más preciso y racional, pero, por ello mismo, más lento, lentitud de la que se culpa a la mala intención, desidia y bajo interés de los juristas; el antiguo proceso era simple y cualquier aldeano sabía actuar en él; en cambio, el nuevo es complejo, usa fórmulas cultas más allá de la comprensión de un campesino, y así todavía en 1558 se habla del caso de un pobre aldeano sajón que teniendo derecho, y aun citando bien el texto, perdió el pleito por equivocarse en el lugar del *Corpus Iuris* en que se encontraba; el antiguo proceso era gratuito, el nuevo es costoso y con varias instancias y así se lamenta el canciller Ayala: «Si el cuitado es muy pobre y no tiene algún caudal / no le valdrán las Partidas ni ningún Decretal» (*Rimado de Palacio*, 352). Otro poe-

64 *Vid.* mi libro «El reino de Dios, arquetipo político», vol. I de las Obras Completas, Madrid, 1991, p. 786.

65 «Carta de la hermandad de los concejos de Castilla (5 de mayo de 1295)», publicada en C. López de Haro: La Constitución y las libertades de Aragón, 1926, p. 331. Sobre la «reacción antialfonsina» en Castilla, *vid.* A. García-Gallo, Antología de fuentes del antiguo Derecho, II, pp. 214 y ss.

ma castellano del siglo XV, recogido en el *Cancionero de Baena*, compara al pleiteante con una pobre oveja trasquilada por la multitud de juristas encargados de administrar justicia que «traen al regno del todo burlado»; los asuntos se dilatan por las opiniones en torno al Digesto, Bartolo, Baldo, etcétera, habiendo «más opiniones que uvas en cesto», y todavía después de fallar dicen que se han equivocado y vuelven a empezar de nuevo. El autor termina contrastando esta situación, a la que compara con una tormenta, con la simplicidad y gratuidad de la justicia «en tierra de moros». En los países germánicos, más de un tribunal letrado fue puesto en fuga por los campesinos para que en su lugar actuaran los escabinos. Ulrico de Hütten reacciona contra la secta gorda, pedante e ignorante de los juristas que hacen confuso lo simple y utilizan su saber para expoliar a la pobre gente. Y en los Artículos de Miltenberg (1525), que manifiestan las reivindicaciones de los aldeanos en la guerra de los campesinos alemanes, se establece que no habrá doctor alguno –espiritual ni temporal– en los Consejos de los príncipes, de los que serán «totalmente expulsados», pues los nuevos jueces no son «servidores del Derecho», sino «sirvientes asalariados».

También la nobleza siente el peligro de sus *libertades* ante un Derecho estatal de inspiración romanista. Y así por ejemplo, en la reunión de los magnates ingleses en Mertin en 1236: «todos los condes y barones replican unánimemente: No queremos mudar las leyes de Inglaterra que han sido usadas y aprobadas»[66]. Las Cortes de Barcelona de 1251 estatuyen que no se admitan en causas seculares las leyes romanas o góticas ni los decretos o decretales, ni que legista alguno las pueda advocar en foro secular, sino que todo se haga por los Usatges de Barcelona y por las leyes aprobadas y, en su defecto, por el sentido natural (*secundum sensum naturalem*)[67]. En el Privilegio General de Aragón de 1265, tras de establecerse que «el señor rey observe y confirme fueros, usos, costumbres, privilegios y cartas de donaciones», se resiste a un precepto romanista diciendo

66 *Vid.* B. Wilkinson: *Constitutional History of Medieval England*, London, 1958, vol. III, p. 258; W. Ullmann: *Principles of Government and Politics in the Middle Ages*, 1961, p. 168. El problema envuelto era el de la posición jurídica de un hijo nacido extramatrimonialmente, cuyos padres celebran después el matrimonio y tienen otro hijo. Según el Derecho feudal inglés, el subsiguiente matrimonio no legitima al hijo prematrimonial, al revés de lo que establecía el Derecho romano.

67 Cortes de Cataluña, ed. Academia de la Historia, I, 1, p. 138.

que «el mero y mixto imperio nunca fue, ni saben fuese en Aragón, ni en el reino de Valencia, ni tampoco en el de Ribagorza y que en adelante no sea ni aquello ni cosa ninguna de nuevo, sino tan solamente fuero, costumbre, uso, privilegios y cartas de donaciones y de cambios»[68]. Aunque las *Partidas* se publicaron en 1263, no fueron aceptadas como ley de Castilla hasta las Cortes de 1348 y, aun así, como Derecho supletorio[69] y en razón de que «fueron sacadas de los santos padres, y de los derechos, y dichos de muchos sabios antiguos, y de los fueros y de las costumbres antiguas de España». Sin embargo, Castilla fue mucho más abierta que los demás reinos a la nueva idea del Derecho por su falta de tradición feudal, por el mayor vigor del estamento popular o estado llano y por el sano y bien entendido espíritu igualitario de los castellanos. En fin, en 1497 los caballeros de Baviera forman una *conjuratio* contra la presencia de los juristas, a menudo extranjeros, en los tribunales, pues ni saben ni estiman las costumbres de la tierra[70].

5. LA TENSIÓN ENTRE LA OBJETIVIDAD Y SUBJETIVIDAD DEL DERECHO

Un Derecho legal emanado de un solo centro, que encarna (rey) o que representa (asamblea estamental) al conjunto del reino, tiende a crear normas generales para todo el país y, por tanto, para todos los territorios y estamentos que lo componen. Por consiguiente, en la medida que predomine el Derecho legal y objetivamente expresado, decaen las pretensiones jurídicas como *status* y poseídas a propio título, asciende la generalidad de la norma y desciende el privilegio –que puede ser respetado de hecho, pero que, de acuerdo con la lógica del Derecho legislado, deriva su validez formal de la ley o del reconocimiento por la ley–; ninguna pretensión jurídica puede fundarse más que sobre la norma legal y, por consiguiente, el

68 «Privilegio General de Aragón», en C. López de Haro: *op. cit.*, p. 305 y ss.

69 Ordenamiento de Alcalá (1348): «Todos los pleitos se deben librar primeramente por las leyes de este libro; y lo que por ellas no se pudiese librar, que se libre por los fueros; y lo que por los fueros no se pudiese librar, que se libre por las Partidas» (XXVIII,1).

70 *Illi enim juris professores nostrum morem ignorant, nec etiam sic sciant, illis nostris consuetudinibus quicquam tibuere nulum*, H. Fehr, *op. cit.*, p. 39.

Derecho objetivo adquiere primacía sobre el subjetivo hasta el punto que éste no es más que una consecuencia, una subjetivación, de aquél. Tales eran las conclusiones implícitas y, en ocasiones, explícitas en las fuentes legales de la época de la nueva idea del Derecho.

Pero también aquí se manifestó una fuerte resistencia, de la que ya hemos dado en las páginas anteriores algunos testimonios, y que fue uno de los orígenes de la constitución estamental. Los afectados en su *status* jurídico por la nueva idea del Derecho se disponen enérgicamente a la defensa de sus «libertades», y como cada uno de ellos es más débil que el rey, se forman hermandades de los que poseen un estatuto jurídico análogo, a fin de asegurar, junto con las libertades de cada uno de los miembros, una *libertas* común al estamento. Un paso más lo constituye la unidad de todos los estamentos para ofrecer frente único al rey negándole el servicio o resistiéndole activamente. Como consecuencia de este movimiento advienen las Cartas, en las que se conceden o reconocen y garantizan «libertades» bien a un estamento, bien a todos y cada uno de ellos. El privilegio adquiere así la fijeza de lo escrito, y los derechos que lo componen quedan como algo firme, intangible y solidificado de acuerdo al principio *standum est chartae*. Entre las libertades o privilegios reconocidos o concedidos se encuentra el derecho de los estamentos a ser miembros de la asamblea estamental que, con el rey, constituye la unidad corporativa del reino, asamblea que, como hemos dicho, está en general y en buena parte orientada a la defensa de los privilegios frente a la tendencia a la reducción de todo a un Derecho común.

De este modo, la constitución estamental tiene como fundamento jurídico la concordia o acuerdo entre dos derechos subjetivos: de un lado, el del rey (prerrogativa); del otro el del *regnum* (privilegios). Ciertamente que uno y otro forman parte del cuerpo místico de la república, uno y otro están vinculados por la lealtad recíproca expresada en el juramento, uno y otro aparecen unidos por la misma referencia al bien común o utilidad pública, y uno y otro se articulan al orden jurídico del reino. Ahora bien, el cuerpo místico de la república era una idea sin duda hondamente sentida pero sin una firme configuración jurídico-institucional como es el caso del Estado moderno; la lealtad era algo que en última instancia sólo podía interpretar la conciencia de cada parte; entonces, como ahora, podía creerse que el bien común coincide con el propio, y el orden jurídico, en fin, no sólo carecía de una formulación precisa

sino que en su interpretación pugnaban dos distintas ideas: la del Derecho «cosificado» adaptado a las personas y las tierras y la del Derecho «objetivo» al que han de someterse las personas y las tierras. En virtud de todo ello, cuando no había posibilidad de acuerdo entre los portadores de los derechos subjetivos fundamentales –prerrogativa y privilegios–, cuando los estamentos consideraban que sus libertades habían sido ilegítimamente lesionadas y que, por tanto, el rey había violado la *fides* debida al reino poniéndose fuera del orden jurídico, entonces, no cabía más que el recurso a una forma originada en el sistema feudal y completamente dentro de la lógica de un orden jurídico no basado en la relación unilateral de mando y obediencia, sino en el acuerdo entre dos derechos subjetivos sin instancia superior, no cabía más que la resistencia al poder arbitrario e injusto y, por tanto, ajurídico. Este Derecho es, a partir del siglo XIII, sancionado por las Cartas Generales, como lo muestra el artículo 61 de la Carta Magna inglesa, que incluso desarrolla cuidadosa y orgánicamente las formas en que se ha de llevar a cabo la resistencia; el artículo 31 de la Bula de Oro húngara, menos elaborado que el de la Carta Magna y, sobre todo, los Privilegios de la Unión Aragonesa de 1337. La resistencia de los estamentos llegó frecuentemente a arrogarse la facultad, ejercida en más de una ocasión, de deponer al rey, y en Alemania se llegó incluso a prever su decapitación con hacha de oro. Pero estas medidas que suponían una ruptura de la constitución, no nos interesan de momento.

Mucho más interesante para nuestro objetivo es la institución del *iudex medius* entre el rey y los estamentos[71], institución que, aunque sólo se desarrolló plenamente en Aragón, responde tan rigurosamente a la lógica de la constitución estamental y del orden jurídico en función de la relación prerrogativa y privilegio, como las atribuciones constitucionales de la judicatura de los Estados Unidos responden a la lógica del Estado liberal de Derecho, aunque dichas atribuciones hayan sido durante muchos años patrimonio exclusivo de los Estados Unidos. El *iudex medius* era la instancia a recurrir en caso de conflicto entre el rey y los estamentos. En la mayoría de los países tuvo carácter accidental y más bien arbitral, pero en Hungría, en la figura del Palatino y, sobre todo en Aragón,

71 F. Kern: *Gottesgnadentum und Widerstandsrecht im früheren Mittelalter*, pp. 226 y ss.

en la institución del Justicia Mayor, se desarrolló como magistratura permanente[72]. No podemos detenernos aquí en el problema de su origen –se lo encuentra ya en el siglo XII– ni en su evolución. Lo que nos interesa es el sentido de tal institución y este sentido se muestra en las siguientes palabras de Zurita (1512-1580), el famoso cronista de la Corona de Aragón: «Así sucedió que por las diferencias que había entre los reyes y los ricoshombres, de común acuerdo del reino se fue poco a poco fundando la jurisdicción del Justicia de Aragón, señaladamente en lo que convenía a la defensa de la libertad, que era la conservación de los fueros y costumbres», y añade más adelante, «se tuvo a aquel magistrado como muro y defensa contra toda opresión y fuerza, así de los reyes como de los ricoshombres»[73]. El Justicia era designado por el rey con carácter vitalicio entre los pertenecientes al estamento caballeresco (de hecho desde el siglo XIV la magistratura se vincula a la familia de los Lanuza), y actuaba con un tribunal de cinco doctores en Derecho, nombrados por el rey entre dieciséis propuestos por las Cortes. Su misión coincidía con lo que en los tiempos modernos se llama «defensor de la Constitución», es decir, actuaba de juez en los litigios entre el rey y los estamentos y entendía como única instancia las causas de los jueces y funcionarios reales, ponía el veto a fin de «inhibir el contrafuero», es decir, paralizaba cualquier medida de carácter legislativo o gubernamental que lesionara los fueros, en caso de que no estuvieran reunidas las Cortes, que era lo más frecuente; además, el que sufriera o temiera sufrir un agravio contra fuero acudía al justicia, de quien, mediante la fianza de acatar los resultados del juicio, obtenía una *letra* de libertad, en virtud de la cual no podía ser preso ni lesionado en su persona o bienes hasta que se celebrara el juicio; y, en fin, quien estuviera preso por los Jueces o funcionarios reales y considerara tal prisión ilícita o temiera violencia sobre su persona o la alteración del fondo o forma del proceso se *manifestaba*, es decir, solicitaba ser entregado al justicia, quien lo guardaba en su propia cárcel, libre de tormentos y denuncias anónimas, hasta que fuera juzgado con arreglo a fuero.

---

72 J. Ribera Tarrago: Orígenes del Justicia Mayor de Aragón, Zaragoza, 1987; López de Haro: *op. cit.*; G. Marañón: Antonio Pérez, Madrid, 1958, t. II, apéndice CIX; Diccionario de Historia de España, *vid.* «Justicia Mayor de Aragón».

73 J. Zurita, Anales de la Corona de Aragón (1562), I, 5; II, LXIV, pp. 29 y 3 de la edición de Zaragoza, 1967.

6. EL ESQUEMA TÍPICO IDEAL

En virtud de todos estos supuestos, el orden jurídico de la baja Edad Media ofrecía, esquemáticamente hablando, la siguiente estructura:

A. El origen del orden jurídico en la corporación (Cortes, Parlamento, etc.), formada por el rey y por los estamentos políticos; pero, por debajo de su apariencia corporativa y como constituyente de la misma, operaban dos derechos subjetivos igualmente originarios: la prerrogativa y los privilegios estamentales. De aquí que a la constitución estamental se la defina generalmente como «dualista». Del acuerdo entre los portadores de tales derechos surgía un Derecho objetivo al que el reino se sentía vinculado –fuera en virtud del principio del pacto entre dos sujetos de Derecho, fuera en razón del principio de lealtad– y del que se derivaban las correspondientes pretensiones jurídicas. Al Derecho objetivo creado en forma de leyes, constituciones, estatutos, etc., por las asambleas estamentales podía añadirse un Derecho común de juristas reconocido implícita o explícitamente como válido. Todo ello sin perjuicio de la facultad reconocida al rey en virtud de sus prerrogativas para dictar normas (pragmáticas, decretos, ordenanzas, *writs*, etc.) que no alteraran sustancialmente el Derecho del reino.

B. Junto a estas normas generales y objetivas creadas o reconocidas por la asamblea estamental, existían unos círculos jurídicos estamentales, territoriales y municipales. Aquí nos encontramos con unas normas que tienen carácter de Derecho objetivo para los componentes del estamento, territorio o ciudad, ya que de ellas derivan sus situaciones y pretensiones jurídicas los miembros individuales que las componen, pero que, vistas desde el conjunto del orden jurídico del reino, son derechos subjetivos originarios de tal o cual estamento, territorio, ciudad o corporación, siendo, en efecto, sentidos como tales por sus portadores, y que, en fin, en cuanto derechos subjetivos originarios de índole corporativa, existen *per se*, tienen en ellos mismos sus razones de validez, en tanto sus titulares no renuncien expresa o implícitamente a ellos en la asamblea estamental.

C. Todavía por debajo de estos círculos jurídicos objetivos desde el punto de vista interno, y subjetivos desde la perspectiva gene-

ral del reino, había otros derechos subjetivos no corporativos, sino individuales, también sentidos y mantenidos como originarios.

Así, pues, entre las tensiones jurídicas de la baja Edad Media –destinadas a ser canceladas por el absolutismo– se encuentra la polaridad de la ley general y del privilegio, del Derecho objetivo y del subjetivo; el primero, en general, aunque no absolutamente, mantenido por el rey y su círculo de juristas; el segundo, defendido generalmente por los estamentos privilegiados, que tienden a mantenerlo en la medida de lo posible frente al otro Derecho. Testimonio representativo de ello son estas palabras del rey de Aragón en las Cortes de 1265: dice el rey que «donde quiera que había fuero establecido de Aragón, juzgaba por él, y no por leyes ni decretos: adonde no se extendía ni bastaba el fuero se determinaba por igualdad y razón natural, y que así lo ordenaba el fuero. Cuanto a los que se querellaban de que tenía en su consejo legistas, decía que no tenían que agraviarse por esto, pues no juzgaban sino por fuero, y que tales reinos tenían, que era necesario que residiesen en su corte personas sabias que tuviesen noticia así del Derecho civil y canónico como del foral, porque en todas sus tierras no se juzgaba por fuero, y así convenía que en su Consejo se hallasen personas que pudieran administrar Derecho y justicia a todos sus súbditos»[74].

74 J. Zurita, *op.cit.*, III, LXVI, p. 623 de la ed. cit.